Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren

Darstellung der nicht
normierten Prozeßpflichten
insbesondere des Strafgerichtes
gegenüber dem Angeklagten

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Rolf Kumlehn
aus Merseburg

Göttingen 1976

Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren

Darstellung der nicht
normierten Prozeßpflichten
insbesondere des Strafgerichtes
gegenüber dem Angeklagten

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Rolf Kumlehn
aus Merseburg

Göttingen 1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Vorberichterstatter: Prof. Dr. Horst Schüler-Springorum

Berichterstatter: Prof. Dr. Hans-Ludwig Schreiber

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Heinz Schöch

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Februar 1976

M e i n e n E l t e r n

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534923_0017

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Einleitung		1
I.	Vorbemerkung	1
II.	Gegenstand und Ziel der Arbeit	2
Hauptteil		4
1. Teil	Grundlagen und Bindungswirkung	4
1. Kapitel	Die Entstehung der Fürsorgepflicht im Strafverfahren	4
2. Kapitel	Die Fürsorgepflicht als Auswirkung des Grundgesetzes	20
I.	Als Auswirkung des Art. 1 GG	20
II.	Als Auswirkung des Art. 2 und Art. 3 GG	23
III.	Als Auswirkung weiterer Grundrechte und grundrechtsähnlicher Rechte (Art. 10, 11, 13 und 104 GG)	26
IV.	Als Auswirkung des Art. 19 Abs. 2 GG	28
V.	Entwicklung aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG	29
	1.) Ableitung aus dem Rechtsstaatssatz	29
	2.) Begründung durch den Sozialstaatssatz	31
VI.	Als Bestandteil des Art. 103 Abs. 1 GG	32
VII.	Als Auswirkung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	34
VIII.	Zusammenfassung	36
3. Kapitel	Die Bindung an die Fürsorgepflicht	37
2. Teil	Darstellung und Problematik der Fürsorgepflichten	41
4. Kapitel	Strafprozessuale Normen, die als Ausgestaltungen der Fürsorgepflicht anzusehen sind	41

		Seite
I.	Sachleitungspflichten	42
	1.) Wahrheitserforschungspflicht	42
	2.) Allgemeine Vorschriften	43
	3.) Vor- und Zwischenverfahren	49
	4.) Hauptverfahren	50
	5.) Rechtsmittel, Strafvollstreckung und Kosten	54
II.	Fragepflichten	55
III.	Hinweis- und Belehrungspflichten	57
	1.) Allgemeine Vorschriften	57
	2.) Vor- und Zwischenverfahren	59
	3.) Hauptverfahren	60
	4.) Rechtsmittelverfahren	62
5. Kapitel	Darstellung und Problematik der nicht normierten Sachleitungspflichten	63
I.	Behandlung des Beschuldigten in angemessenen Umgangsformen	63
II.	Bessere Erforschung der Täterpersönlichkeit durch Schaffung einer Ermittlungshilfe	65
III.	Vermeidung der Erweiterung der Öffentlichkeit	69
IV.	Aussetzung bzw. Unterbrechung der Hauptverhandlung wegen Verhinderung oder ungenügender Vorbereitungszeit des Verteidigers	73
V.	Überwachung der Pflichtverteidigung und Rücknahme der Verteidigerbestellung	77
VI.	Bewirkung vollständiger Erklärungen und sachdienlicher Anträge	83
VII.	Nichtzulassung von Aussagen der Vertrauenspersonen (sog. V-Leute) ohne persönliches Erscheinen vor Gericht	85
VIII.	Heilung von Verfahrensmängeln soweit möglich	94

Seite

IX. Weitere Tataufklärung bei einem Freispruch mangels Beweises bzw. wegen Zurechnungsunfähigkeit 98

1.) Weitere Aufklärung bei einem Freispruch mangels Beweises, soweit ohne erheblichen Mehraufwand möglich 98

2.) Aufklärung der Tatbegehung bei einem Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit 102

X. Die allgemeine Beschleunigung des Verfahrens 106

6. Kapitel Darstellung und Problematik der nicht normierten Frage- sowie Hinweis- und Belehrungspflichten 109

I. Fragepflichten 110

1.) Bezüglich von Beweismitteln 111

a) Frage nach weiteren Beweismitteln und deren Konkretisierung 111

b) Frage nach dem Einverständnis für das Absehen von Beweiserhebungen 113

2.) Bezüglich einer Nachtragsanklage 115

3.) Aufklärungsfragen bei irrtümlicher Rechtsmittelbezeichnung 116

II. Hinweis- und Belehrungspflichten 118

1.) Vor der Hauptverhandlung beantragte Beweiserhebungen 119

2.) Belehrung bezüglich der Aussetzungsbefugnis nach §§ 265 Abs. 3, 246 Abs. 2 123

a) Belehrung bezüglich der Aussetzungsbefugnis wegen Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (§ 265 Abs. 3) 123

b) Belehrung bezüglich der Aussetzungsbefugnis wegen verspäteter Beweisanträge (§ 246 Abs. 2) 125

Seite

3.) Hinweispflicht bezüglich eines Rechtsmittelverzichts, keine sofortige Befragung 126

a) Allgemeine Grundsätze und Rechtsgrundlagen 126

b) Die Fürsorgepflicht im Einzelfall 130

c) Obligatorische Anrechnung der Untersuchungshaft de lege ferenda 134

3. Teil Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen Fürsorgepflichten 135

7. Kapitel Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Sachleitungspflichten 135

I. Verstoß gegen die Behandlung des Beschuldigten in angemessenen Umgangsformen 135

II. Verletzung der Pflicht, eine Erweiterung der Öffentlichkeit zu vermeiden 138

III. Verletzung der Aussetzungs- oder Unterbrechungspflicht bei Verhinderung oder ungenügender Vorbereitungszeit des Verteidigers 143

IV. Verletzung der Pflicht zur Rücknahme der Verteidigerbestellung 144

V. Nichtbewirkung vollständiger Erklärungen und Anträge 146

VI. Verwertung mittelbarer Aussagen von V-Leuten 148

VII. Verletzung der Pflicht, Verfahrensmängel soweit wie möglich zu heilen 149

VIII. Verletzung der Aufklärungspflicht 151

1.) Bei einem Freispruch mangels Beweises 153

2.) Bei einem Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit 156

Seite

IX. Nichtbeachtung des Beschleunigungsgrundsatzes 160

8. Kapitel Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Frage- sowie Hinweis- und Belehrungspflichten 168

I. Verletzung der Fragepflichten 168

1.) Bezüglich von Beweismitteln 168

a) Nichtbefragung nach weiteren Beweismitteln und einer Konkretisierung gestellter Beweisanträge 168

b) Nichtbefragung nach dem Einverständnis für das Absehen von Beweiserhebungen 169

2.) Bezüglich einer Nachtragsanklage 170

3.) Keine Aufklärungsfragen bei irrtümlicher Rechtsmittelbezeichnung 171

II. Verletzung der Hinweis- und Belehrungspflichten 172

1.) Übergehen vor der Hauptverhandlung zugesagter Beweiserhebungen 172

2.) Nichtbelehrung bezüglich der Aussetzungsbefugnis nach §§ 265 Abs. 3, 246 Abs. 2 173

a) Nichtbelehrung über die Aussetzungsbefugnis nach § 265 Abs. 3 173

b) Nichtbelehrung über die Aussetzungsbefugnis nach § 246 Abs. 2 174

3.) Rechtsfolge bei der Frage nach einem sofortigen Rechtsmittelverzicht 175

Schlußbetrachtung 178

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
abw.	= abweichend
AE	= Alternativ-Entwurf
allg.	= allgemein
a.M.	= anderer Meinung
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
BayObLG	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BBG	= Bundesbeamtengesetz
Bd.	= Band
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof; auch amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BRAO	= Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	= Bundestagsdrucksache
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidung des BVerfG
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BZRG	= Bundeszentralregistergesetz (früher Strafregisterverordnung)
bzw.	= beziehungsweise
DAR	= Deutsches Autorecht
d.h.	= das heißt
DJT	= Deutscher Juristentag
DJZ	= Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung

DRiG	= Deutsches Richtergesetz
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DRZ	= Deutsche Richterzeitung (bis 1935) Deutsche Rechtszeitschrift (ab 1946)
Einl.	= Einleitung
EGOWiG	= Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
evtl.	= eventuell
Fußn.	= Fußnote
GA	= Goldtammers Archiv für Strafrecht
gem.	= gemäß
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	= gegebenenfalls
grds.	= grundsätzlich
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
HESt	= Höchstrichterliche Entscheidungen; Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen
h.L.	= herrschende Lehre
h.M.	= herrschende Meinung
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
i.d.R.	= in der Regel
i.d.S.	= in diesem Sinne
i.S.e.(d.)	= im Sinne eines (des)
i.V.m.	= in Verbindung mit
i.w.S.	= im weitesten Sinne
Jg.	= Jahrgang
JGG	= Jugendgerichtsgesetz
JMBlNRW	= Justiz- und Ministerialblatt für Nordrhein-Westfalen
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung

Kap.	= Kapitel
KG	= Kammergericht
Lehrk.	= Lehrkommentar
LG	= Landgericht
lit.	= Buchstabe
Lit.	= Literatur
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	= meines Erachtens
MRK	= Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl	= Niedersächsische Rechtspflege
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
OGHSt	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Strafsachen
OLG	= Oberlandesgericht
OWiG	= Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Rdn.	= Randnote
RegE	= Regierungs-Entwurf
RG	= Reichsgericht; auch amtliche Sammlung der Entscheidungen des RG in Strafsachen
RGBl	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des RG in Zivilsachen
RiStBV	= Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren
Rspr.	= Rechtsprechung
s.	= siehe
S.	= Seite
s.a.	= siehe auch
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
s.o.	= siehe oben
sog.	= sogenannte(r)
Sp.	= Spalte
StGB	= Strafgesetzbuch

StPO	= Strafprozeßordnung
StRG	= Strafrechtsänderungsgesetz
StRVO	= Strafregisterverordnung
StVRG	= Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts
u.a.	= unter anderem
u.U.	= unter Umständen
vgl.	= vergleiche
Vorb.	= Vorbemerkung
VRS	= Verkehrsrechtssammlung
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
z. B.	= zum Beispiel
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	= zum Teil
zust.	= zustimmend

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Alsberg-Nüse, Max/Karl-Heinz : Der Beweisantrag im Strafprozeß, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1967

Arndt, Adolf : Das rechtliche Gehör, NJW 1959, 6

ders. : Rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und Zeugnis vom Hörensagen, NJW 1963, 432

Balla, Karl : Tatbestandsdiagnostische Methoden und ihre strafprozessuale Zulässigkeit, Diss. Köln 1936

Baumann, Jürgen : Die Bedeutung des Art. 2 GG für die Freiheitsbeschränkungen im Strafprozeß, in: Festschrift für Eb. Schmidt 1961, S. 523

Baumann, Jürgen - Brauneck, Anne-Eva - Calliess, Rolf-Peter - Geppert, Klaus - Hanack, Ernst-Walter - Quensel, Stephan - Roxin, Claus - Schmitt, Rudolf - Schüler-Springorum, Horst - Stratenwerth, Günter : Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, Tübingen 1973

Baumbach-Lauterbach Adolf Wolfgang : Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 30. Aufl., München 1970

Binding, Karl : Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl., Leipzig 1904

Bockelmann, Paul : Offentlichkeit und Strafrechtspflege, NJW 1960, 217

Brunnemann, Johannes : Inquisitionsprozeß, Franckfurt und Leipzig 1717

Dahs, Hans : Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, München und Berlin 1965

ders. : Die kleine Strafrechtsreform, NJW 1965, 81

ders. : Handbuch des Strafverteidigers, 3. Aufl., Köln 1971

ders. : Unzulässigkeit von Bild und Rundfunk im Gerichtssaal, NJW 1961, 1755

Dallinger-Lackner Wilhelm Karl : Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 2. Aufl., München und Berlin 1965

v. Daniels, A. : Grundsätze des rheinischen und französischen Strafverfahrens, Berlin 1849

Dürig, Günter : Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117

ders. : Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, 259

Feldmann, C. : Anmerkung zum Beschluß des OLG Düsseldorf vom 10. 9. 1959, NJW 1960, 210

Feuerbach, Paul Johann Anselm : Betrachtungen über das Geschworenengericht, Landshut 1813

ders. : Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Gießen 1821

Forsthoff, Ernst : Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats. Der soziale Rechtsstaat in verfassungsmäßiger Sicht, VVDStRL 12 (1954), S. 8ff.

Fuhrmann, Hans	:	Die Verwirkung des Rügerechts bei nicht beanstandeten Verfahrensverletzungen des Vorsitzenden (§ 238 Abs. 2 StPO), NJW 1963, 1230
Giese, Friedrich	:	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar), 4. Aufl. Frankfurt/Main 1955 (mit Nachtrag 1956)
Glaser, Julius	:	Die geschichtlichen Grundlagen des neuen deutschen Strafprozeßrechts, in: Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Bd. 1, Berlin 1879
ders.	:	Handbuch des Strafprozesses, Bd. 1, Leipzig 1883
Götz, Albrecht	:	Kommentar zum Bundeszentralregistergesetz, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1972
Grünwald, Gerald	:	Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote, JZ 1966, 489
Guradze, Heinz	:	Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin und Frankfurt 1968
Habscheid, Walther J.	:	Die Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes, NJW 1962, 1985
Hahn, C.	:	Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Berlin; Bd. 1, 1. Abteilung, Materialien zum GVG, 1879; Bd. 2, 1. Abteilung, Materialien zur ZPO, 2. Aufl. 1881; Bd. 3, 1. Abteilung, Materialien zur StPO, 1880; 2. Abteilung, Materialien zur StPO, 1881
Hamann-Lenz Andreas Helmut	:	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 3. Aufl., Neuwied, Berlin 1970

Hanack, Ernst-Walter	:	Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens, JZ 1971, 705
Hartung, Fritz	:	Das Strafregister, Kommentar, 2. Aufl., München und Berlin 1963
Henkel, Heinrich	:	Strafverfahrensrecht, Lehrbuch, 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
Henrichs, Wilhelm	:	Freispruch und Menschenwürde, MDR 1956, 196
Hirsch, Hans-Joachim	:	Ehre und Beleidigung, Karlsruhe 1967
Höchster, Ernst Hermann	:	Lehrbuch des französischen Strafprozesses, Bern 1850
Jescheck, Hans-Heinrich:	:	Der Strafprozeß - Aktuelles und Zeitloses, JZ 1970, 201
Kalsbach, Werner	:	Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung, Köln 1960
ders.	:	Zur Frage der Ausschließung des Verteidigers im Strafprozeß, JZ 1961, 593
Kern, Eduard	:	Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 56.
Kern-Roxin Eduard Claus	:	Strafverfahrensrecht, Studienbuch, 11. Aufl., München 1972
Kleinknecht, Theodor	:	Kommentar zur Strafprozeßordnung, 30. Aufl., München 1971
Klug, Ulrich	:	Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. 2, Sitzungsberichte, Teil F, 1966

Koch, Hans-Jörg	:	Probleme des Rechtsmittelverzichts, JR 1964, 255
ders.	:	Vertagungsanträge in Strafsachen, JR 1961, 420
Koeniger, Hans	:	Die Hauptverhandlung in Strafsachen, Köln, Berlin, Bonn, München 1966
Koffka, Else	:	Literaturbericht - Strafprozeß, ZStrW 81 (1969), 954
Kunert, Karl-Heinz	:	Wie weit schützt die Strafprozeßordnung die Grundrechte des Beschuldigten? MDR 1967, 539
Lackner, Karl	:	Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung, JZ 1953, 428
Leibholz, G. - Rinck,J.	:	Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Aufl., Köln 1975
Liepmann	:	Die Psychologie der Vernehmung des Angeklagten im deutschen Strafprozeß, ZStrW 44 (1924), 647
Löbbecke, Bernfried von	:	Fürsorgepflichten im Strafprozeß? GA 1973, 200 ff
Löwe, Ewald - Rosenberg,Werner-Bearbeiter	:	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, 22. Aufl., Berlin 1971; 21. Aufl., Berlin 1963 (im Text besonders vermerkt)
v. Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich	:	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 1957
Martin	:	Anmerkung zum Urteil des BGH BGH 12, 197, LM 1 zu § 36 GVG

Maunz, Theodor	:	Deutsches Staatsrecht, Studienbuch, 17. Aufl., München 1969
Maunz, Theodor - Dürig,Günter Herzog, Roman	:	Grundgesetz, Kommentar, München, Tübingen, Speyer, Stand vom August 1971
Meilicke, Heinz	:	Der vom Staatsgeheimnis verhüllte V-Mann - Belastungszeuge? NJW 1963, 425
Mölders, H.	:	Anmerkung zum Beschluß des OLG Düsseldorf vom 10. 9. 1959, NJW 1960, 211
Müller, Gerhard	:	Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, "Der Betrieb" 1956, 524
Müller, Hermann - Sax,Walter	:	Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 1, 6. Aufl. Darmstadt 1966
Münch, Fritz	:	Zur Anwendung der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1961, 53
Niese, Werner	:	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, JZ 1953, 219
Niese, Werner	:	Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozeßhandlung, ZStrW 63 (1951), 199
Niethammer, E.	:	Anmerkung zum Beschluß des Hans. OLG Bremen vom 6. 6. 1952, JZ 1953, 472
Nipperdey, Hans Carl	:	Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, die Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S. 1

Oehler, Dietrich	:	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 12. 1961, JZ 1963, 227
Otto	:	Die preußische Staatsanwaltschaft, Berlin 1899
Partsch, Karl-Josef	:	Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Bettermann-Scheuner-Nipperdey, die Grundrechte, Bd. 1, 1952, S. 243
Peters, Karl	:	Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, in: Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag Bd. 1, 1966
ders.	:	Strafprozeß, Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1966
ders.	:	Zeugenlüge und Prozeßausgang, Bonn 1939
Poppe, Werner	:	Urteilsverkündung in Abwesenheit notwendiger Verfahrensbeteiligter im Strafprozeß, NJW 1954, 1914
ders.	:	Urteilsverkündung unter Ausschluss der Öffentlichkeit in Strafverfahren, NJW 1955, 6
Radbruch, Gustav	:	Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963
ders.	:	Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1947, Sp. 131
Rahn	:	Gerichtshilfe und Bewährungshilfe, in: Bewährungshilfe Jahrg. 9 (1962), S.1
Roos, G.-J.	:	Ist der mangels Beweises Freigesprochene beschwert? J R 1951, 200

Roxin, Claus	:	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13. 2. 1968, JZ 1968, 803
Sarstedt, Werner	:	Anmerkung zum Urteil des Kammergerichts Berlin, JR 1954, 431
ders.	:	Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen 1962
Sax, Walter	:	Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, die Grundrechte, Bd. 3, 2. Halbbd., Berlin 1959 S. 909
v. Scanzoni, G.	:	Kann das Gericht den Verteidiger ausschliessen? JW 1932, 3583
Schmid, Werner	:	Die Verwirkung von Verfahrensrügen in Strafprozeß, Frankfurt am Main 1967
ders.	:	Zur Heilung gerichtlicher Verfahrensfehler durch den Instanzrichter, JZ 1969, 757
Schmidt, August	:	Fehler bei Vernehmungen, DRiZ 1960, 426
Schmidt, Eberhard	:	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 1. 8. 1962, JZ 1962, 761
ders.	:	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13. 12. 1967, JZ 1968, 435
ders.	:	Deutsches Strafprozeßrecht, Kolleg, Göttingen 1967
ders.	:	Die Verletzung der Belehrungspflicht gem. § 55 Abs. 2 StPO als Revisionsgrund, JZ 1958, 596
ders.	:	Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl., Göttingen 1951

Schmidt, Eberhard	:	Formen im Gerichtssaal, ZRP 1969, 254
ders.	:	Justiz und Publizistik, in: Recht und Staat, Heft 353'354, Tübingen 1968
ders.	:	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz; Teil I, 2. Aufl., Göttingen 1964; Teil II, 1. Aufl., Göttingen 1957; Teil II, Nachtragsbd. 1, Göttingen 1967
ders.	:	Zur Problematik der Entziehung der Verteidigungsbefugnis, NJW 1963, 1753
Schmidt, Hans-Wolfgang	:	Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, NJW 1965, 1210
Schmidt, Robert	:	Die Grenzen der Bindungswirkung eines Rechtsmittelverzichts - OLG Hamburg NJW 1964, 1039, JuS 1967, 158
Schmidt-Bleibtreu, Bruno - Klein, Friedrich	:	Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1973
Schönke, Adolf - Schröder, Horst:		Kommentar zum Strafgesetzbuch, 16. Aufl. München 1972
Schorn, Hubert	:	Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, in der Reihe: Strafrecht, Strafverfahren, Kriminologie, Bd. 1, Neuwied, Berlin 1963
ders.	:	Der Strafrichter, Frankfurt am Main 1960
ders.	:	Der Strafverteidiger, Frankfurt am Main 1966
ders.	:	Die Fürsorgepflicht im Strafverfahren, MDR 1966, 639

Schroeder, Friedrich-C.	:	Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Karlsruhe 1969
v. Schwarze, Friedrich-Oskar	:	Commentar zu der Deutschen Strafprozeßordnung, Leipzig 1878
Schwenk, Edmund-H.	:	Das Recht des Beschuldigten auf alsbaldige Hauptverhandlung, ZStrW 79 (1967), 721
ders.	:	Freisprechung mangels Beweises, NJW 1960, 1932
ders.	:	Freispruch Unschuldiger wegen Zurechnungsunfähigkeit, NJW 1964, 1455
Spendel, Günter	:	Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 1964, 465
Stein, Friedrich - Jonas, Martin-Bearbeiter	:	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 2, 19. Aufl., Tübingen 1972
Stratenwerth, Günter	:	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. 2. 1963, JZ 1964, 263
Tiedemann, Klaus	:	Zeugen vom Hörensagen im Strafverfahren - BGH 17, 382, JuS 1965, 14
Traub, Fritz	:	Die Behandlung übergangener, nach § 219 StPO gestellter Beweisanträge, NJW 1957, 1095
Tröndle, Herbert	:	Über den Umgang des Richters mit den anderen Verfahrensbeteiligten, DRiZ 1970, 213
Willms, Günther	:	Anonyme Zeugen,DRiZ 1964, 234
v. Winterfeld, Achim	:	Die Ausschließung von Verteidigern, NJW 1961, 902

Wintrich, Josef-M. : Zur Problematik der Grundrechte, in: Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 71, 1957

E I N L E I T U N G

I. Vorbemerkung

Das Strafverfahren hat die Aufgabe, den Rechtsfrieden der Gemeinschaft zu sichern, indem ein materiell gerechter Rechtszustand geschaffen wird. Dazu ist es sowohl erforderlich, begangenes strafbares Unrecht zu sühnen, als auch den Täter wieder in die menschliche Gesellschaft einzugliedern, um eine Wiederholung der Straftaten zu verhindern und damit der Gesellschaft und dem Täter zu helfen. Zur Erreichung dieses Zieles muß zunächst die Wahrheit ermittelt werden, damit eine objektive Entscheidung über die Strafbarkeit des Beschuldigten herbeigeführt werden kann.

Diese Entscheidung ist jedoch mit rechtsstaatlichen Vorstellungen nur vereinbar, wenn sie trotz der Notwendigkeit wirksamer Strafverfolgung unter Beachtung der Menschenrechte, also der Grund- und Freiheitsrechte, getroffen wird. Diese Rechte, die die Wertpersönlichkeit des Menschen schützen, dürfen nur insoweit eingeschränkt werden, als dies für das Ziel der Wahrheitserforschung unbedingt erforderlich ist. Auf gar keinen Fall darf dabei allerdings das Grundprinzip unserer Verfassung, die Achtung der Würde des Menschen, angetastet werden; dieses Prinzip gilt völlig uneinschränkbar und uneingeschränkt. Es ist daher auch kein Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte.[1)]

Die hier angedeuteten Grundsätze gelten nicht nur deswegen, weil die Schuld eines Tatverdächtigen niemals von vornherein feststeht und der Beschuldigte unschuldig sein könnte. Vor allem haben sie auch Geltung für Angeklagte, deren Schuld nachgewiesen wird. Denn wenn auch die materielle Richtigkeit des Urteils angestrebt wird, so geht es ebensosehr auch "um ihre Gewinnung auf keinem anderen als dem justizförmigen Weg"[2)].

1) Vgl. BGH 14, 358 (365)
2) Eb. Schmidt JZ 58, 596 (601; ähnlich auch Niese ZStW 63, 214

II. Gegenstand und Ziel der Arbeit

Damit das Verfahren immer rechtsstaatlich und justizförmig abläuft, besteht eine Fürsorgepflicht aller am Strafverfahren beteiligten Organe der Rechtspflege gegenüber den Beschuldigten und Zeugen. Entgegen etwa der Ansicht von Löbbecke[1], der die Notwendigkeit einer Fürsorgepflicht im Strafverfahren verneint, wird man heute von einem grundsätzlichen Anerkanntsein dieser Fürsorgepflicht ausgehen dürfen.[2] Bei dieser Fürsorgepflicht handelt es sich um die Verpflichtung der Strafrechtspflegeorgane, Beschuldigte und Zeugen ausnahmslos als Menschen mit eigener Würde und Persönlichkeit zu behandeln, die diesen zustehenden Prozeßrechte zu beachten und durch Fragen und Hinweise darauf hinzuwirken, daß Beschuldigte und Zeugen Kenntnis von ihren Rechten erlangen und davon Gebrauch machen. Dabei ist es gleichgültig, ob sich diese Verpflichtung aus den gesetzlich im Detail geregelten Normen ergibt oder ob sie den Rechtspflegeorganen als nicht normierte Pflicht erwächst.

Der Gedanke der hoheitlichen Fürsorge gegenüber jedem Bürger gilt für den gesamten Bereich hoheitlicher Tätigkeit des Staates[3]. Jede öffentliche Behörde ist verpflichtet, die nachteiligen Folgen eines Eingriffs in die Rechtssphäre von Privatpersonen in den Grenzen des unumgänglich Notwendigen zu halten und den einzelnen in der Wahrung seiner Rechte zu unterstützen[4]. Diese Pflicht gilt erst recht für das Strafverfahren, da es die intensivste Form hoheitlicher Tätigkeit des Staates ist, die für den einzelnen die einschneidensten Folgen haben kann. Keine andere staatliche Maßnahme beeinflußt und belastet menschliche Schicksale mehr mit Einbußen an Freiheit, Zeit und Arbeitskraft. Aus diesem Grunde wirken sich Rechtsunkenntnis, Unerfahrenheit

1) Löbbecke GA 1973, 200 ff
2) So die weitaus h.M., vgl. etwa Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl.5; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer Anm. 4 vor § 226; Müller-Sax Einl. 13; Kleinknecht Einl. 7 A; Kern-Roxin § 44 D V 1; Schron MDR 66, 639; ders. JR 67, 203; Niethammer JZ 53, 472; R. Schmidt JuS 67,158(162); H.W.Schmidt NJW 65, 1210; BGH NJW 65, 2164; BGH NJW 73, 154/154. Weitere Nachweise bei Löbbecke a.a.O. S. 200, Fußn. 1
3) Vgl. BGHZ 14, 319 (321, 323)
4) Vgl. BGH NJW 56, 57

und fehlender rechtlicher Beistand hier auch besonders schwer aus.

Die Fürsorgepflichten, die in dieser Arbeit erörtert werden sollen, sind innerhalb des Strafverfahrens von der ersten Vernehmung bis zur Rechtskraft des Urteils zu erfüllen - nicht untersucht werden also die Fürsorgepflichten im Strafvollzug. Die hier anzusprechenden Fürsorgepflichten umfassen Sachleitungs-, Frage- sowie Hinweis- und Belehrungspflichten des Gerichts, aber auch der Staatsanwaltschaft und der Kriminalpolizei. Diese Pflichten sind zu einem Teil bereits ausdrücklich in der StPO und im GVG normiert. Zu einem anderen Teil ergeben sie sich erst aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften der StPO, soweit ein solcher besteht, bzw. aus der übergeordneten Norm, dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.

Die Untersuchung soll sich auf die n i c h t n o r m i e r t e n Fürsorgepflichten richten. Nicht näher behandelt werden sollen dagegen die normierten Pflichten, da sie schon im Detail geregelt sind. Eine summarische Aufzählung ist indessen erforderlich. Dies zum einen deshalb, weil die gesetzlich nicht geregelten Pflichten zumeist von den normierten abzuleiten sind. Zum anderen soll damit aufgezeigt werden, inwieweit der Angeklagte durch die normierten Pflichten geschützt ist.

Über die nicht normierten Fürsorgepflichten besteht, soweit ersichtlich, noch keine zusammenfassende Darstellung. Bezuglich Art und Umfang dieser Pflichten herrschen zwischen der Literatur und der Rechtsprechung teilweise uneinheitliche Auffassungen. In der Praxis werden sie auch nicht immer beachtet. Unterschiedlich sind ebenfalls die Meinungen darüber, welche Rechtsfolgen ausgelöst werden, falls gegen diese Fürsorgepflichten verstoßen wird.

Es ist das Anliegen dieser Arbeit, die nicht normierten Fürsorgepflichten zusammenfassend darzulegen, bei einem Verstoß gegen sie die Rechtsfolgen festzustellen und zu den streitigen Auffassungen einen klärenden Beitrag zu leisten.

H A U P T T E I L

1. Teil Grundlagen und Bindungswirkung

1. Kapitel Die Entstehung der Fürsorgepflicht im Strafverfahren

Bei einem Überblick über die Entwicklung der Fürsorgepflicht soll von dem Inquisitionsprozeß vergangener Jahrhunderte ausgegangen werden, da sich in dem ursprünglichen Inquisitionsverfahren die ersten Ansätze von Fürsorgepflichten des Gerichts finden.

Grundlage des Inquisitionsverfahrens war die Constitutio Criminalis Carolina (CCC) von 1532. Bei diesem Verfahren war der Inquisitionsrichter Ankläger und Richter in einer Person, wenigstens in einfachen Fällen. In schweren Fällen war es erforderlich, die Akten an eine Rechtsfakultät oder einen "Schöppenstuhl" zur Ausarbeitung eines Urteilsvorschlages zu übersenden (vgl. Art. 219). Die angerufenen Rechtssachverständigen urteilten nur nach den Akten[1]: "Quod non est in actis, non est in mundo"[2]. Da der Inquisitionsrichter an diesen Urteilsvorschlag gebunden war, gab es also keine mündliche Verhandlung, in der der Täter, die Tat oder die Beweismittel noch einmal aus anderer Sicht als aus der des Inquirenten gewürdigt worden wäre. Das Kollegialgericht konnte den Akten nur ein subjektives Bild der Tat entnehmen. Der Richter hatte zwar die Wahrheit zu ermitteln, war aber durch seine Ermittlungstätigkeit einschließlich der angewandten Zwangsmittel notwendigerweise voreingenommen.

Das Inquisitionsverfahren war ein schriftliches Verfahren, da die Aktenversendung zum Regelfall wurde[3]. In den anderen

1) Vgl. Henkel S. 40f.; Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte § 118
2) Eb. Schmidt Kolleg Rdn. 19
3) Henkel S. 40, 42; Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte § 118

Fällen, in denen die Verurteilung durch das Inquisitionsgericht selbst erfolgte, war die immer anzufertigende Verhandlungsniederschrift aus den Verhören ebenfalls maßgebend, denn das Urteilskollegium war in seiner Gesamtheit nur bei der Endentscheidung anwesend[1]. Hatte der Beschuldigte zu seinen Gunsten sprechende Beweismittel übersehen oder hatte der Inquisitionsrichter diese nicht beachtet, galten sie als nicht bestehend. War der Beschuldigte durch Angst oder Aufregung in Widersprüche verwickelt worden oder wurde seiner Aussage ein ganz anderer Sinn beigelegt, dem er nicht widersprach, was gerade bei unschuldigen Personen häufig der Fall ist, hatte er keine Gelegenheit mehr, sich zu korrigieren.

Das Verfahren war ferner geheim[2]; der Beschuldigte konnte sich nicht zu dem vorliegenden Beweismaterial äußern. Die Möglichkeit der Folter zeigte die brutalste Auswirkung des damaligen Verfahrens. Noch rücksichtsloser hätte der Wille eines Menschen, dessen Schuld keineswegs feststand, sondern erst festgestellt werden sollte, nicht gebrochen werden können. Und schließlich hatte ein Abgeurteilter keinerlei Möglichkeiten, ein Urteil überprüfen zu lassen: Rechtsmittel waren nicht vorgesehen[3].

Nach der Darstellung der vorgenannten Grundzüge des Inquisitionsverfahrens[4], die insoweit für das Thema der Dissertation relevant sind, ist es nicht weiter verwunderlich, daß es dem damaligen Verfahren an der Verpflichtung mangelte, dem Beschuldigten eine prozeßrechtliche Fürsorge angedeihen zu lassen. Es fehlte die Pflicht, nach dem letzten Wort des Inquisiten zu fragen. Ebensowenig war der Richter verpflichtet, den Beschuldigten noch einmal in Ruhe zu dem Fall zu hören und ihn so zu behandeln, wie es die heutige Auffassung von der Menschenwürde gebietet.

---

1) Henkel S. 41
2) Eb. Schmidt Kolleg Rdn. 20
3) Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte § 198
4) Vgl. im einzelnen zu dem Inquisitionsverfahren sehr ausführlich Henkel S. 37ff. mit Literaturnachweis S. 51f; ebenso Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte §§ 105ff.

Trotz aller Rechtlosigkeit, gemessen an unserem heutigen Verfahren, enthielt die Carolina schon einige wenige, wenn auch sehr geringfügige Ansätze von Regelungen, die auf den Schutz des Beschuldigten hinzielten. Zunächst war eine Verteidigung grundsätzlich möglich. Jedoch konnte diese i.d.R. nur schriftlich nach Lage der Akten und erst nach vollständigem Abschluß der Ermittlungen erfolgen, wenn also weitere Nachforschungen für überflüssig erachtet wurden[1].

Das Geständnis, welches unbedingte Voraussetzung für eine Verurteilung war[2)3)], galt nur, wenn es nach der Folter wiederholt wurde und wenn es sich als richtig herausstellte - nur das formale Geständnis genügte also nicht. Damit dessen Richtigkeit erreicht werden sollte, war der Inquisitionsrichter bei der Erforschung der Beweggründe der Tat an bestimmte Beweisregeln gebunden (Art. 48ff.); er sollte Fragen stellen, die "keyn unschuldiger wissen kann" (Art. 53), um "auff den grundt der wahrheyt" zu kommen (Art. 56). Für die Folter war ein hinreichender Tatverdacht erforderlich (Art. 20, 45). Ferner war der Inquirent verpflichtet, dem Beschuldigten vor der Folter zu helfen, den Gegenbeweis zur Entkräftung des Verdachts zu erbringen, da "mancher auß eynfalt oder schrecken nit fürzuschlagen weiß, wie er sich des entschuldigen soll" (Art. 47). Diese Regelung beinhaltete bereits eine echte Fürsorgepflicht, wie wir sie auch heute kennen.

Weitere fürsorgliche Gesichtspunkte ergaben sich daraus, daß die Untersuchungshaft von der Strafhaft unterschieden wurde; sie sollte nur zur Einbehaltung, nicht zur "geverlichen peinigung" dienen (Art. 11). Ein Zeugnis vom Hörensagen war nach Art. 65 schon damals ausgeschlossen, damit der Richter den Wahrheitsgehalt jeder Aussage selbst zu würdigen in der Lage war. Und schließlich war der Richter zu

---

1) Vgl. Art. 88 ff. und Henkel S. 41; Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte § 189
2) Dadurch war die Folter überhaupt erst erforderlich
3) Vgl. Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte §§ 109, 111

gerechter und unparteiischer Urteilsfindung verpflichtet (Art. 3 + 4). Durch diese Bestimmungen der Carolina sollte die Erforschung der materiellen Wahrheit erzielt werden. Erreicht wurde dieses Ziel kaum, da die fürsorglichen Regelungen wegen der Folter und der Heimlichkeit des Verfahrens im übrigen nicht durchdrangen. Die dargestellten Vorschriften waren zudem bis auf wenige Ausnahmen nur Ansatzpunkte von eigentlichen Fursorgepflichten und reine Sollvorschriften ohne irgendwelche Sanktionen bei ihrer Nichtbeachtung. Demgemäß wurden sie sehr schnell ganz außer acht gelassen.

In der Folgezeit gewannen Staatswohl und Staatsraison zentrale Bedeutung. Es fielen alle rechtlichen Schranken der Staatsgewalt, bis sich der gemeinrechtliche Inquisitionsprozeß, etwa seit der Mitte des 17. Jahrhunderts, nur noch als polizeistaatliches Verfahren darstellte[1]. Der einzelne Untertan wurde als gehorsamsverpflichtetes Untersuchungsobjekt betrachtet[2], das die Wahrheit zu sagen verpflichtet war[3]. Die "Wahrung des Allgemeinwohls" blieb bald nur noch dem pflichtgemäßen Ermessen der Staatsorgane überlassen[4]; Normen, die deren Verhalten gegenüber dem Beschuldigten festlegten, fehlten fast völlig.

Im einzelnen wurde die Verteidigungsmöglichkeit noch weiter eingeschränkt mit dem Argument: "Die Tat weiß der Inquisit, nicht der Advokat"[5]. Die Grenzen bei der Anwendung der Folter wurden so weit überschritten, daß schließlich bei den sog. Hexenprozessen allein die bloße Verdächtigung zu ihrer Anwendung genügte[6]. Als sie endlich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts verboten wurde und die Prügelstrafe als "Ungehorsamsstrafe" an ihre Stelle trat, war dies

1) Vgl. Eb. Schmidt Kolleg Rdn. 18
2) Vgl. Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte §§ 185,187; Henkel S. 45
3) Vgl. etwa Balla S. 48; Liepmann S. 651
4) Henkel S. 45
5) Brunnemann in seinem zur damaligen Zeit hochangesehenen Werk über den preußischen Inquisitionsprozeß, VIII. Kap., I. Teil, Rdn. 74 (S. 98); vgl. auch Liepmann S. 650
6) Vgl. Henkel S. 48; vgl. auch Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte § 202

immerhin ein (sehr) kleiner Schritt zu einer fürsorglicheren Behandlung des Beschuldigten.

Ferner fehlte die Pflicht, dem Beschuldigten zu einem Gegenbeweis zu verhelfen. Die Untersuchungshaft wurde willkürlich angeordnet und isolierte den Beschuldigten völlig[1]. Ein weiterer Rückschritt war die volle Geltungskraft des formellen Geständnisses, welches nicht mehr von Amts wegen auf seine Richtigkeit überprüft wurde[2] - ein Geständnis ist aber durch Zwang sehr leicht zu erreichen. Auch widersprach das "Prinzip der Langsamkeit"[3], das langandauernde und unübersichtliche Ermittlungsverfahren, dem Prinzip der Fürsorgepflicht. Im übrigen schreckte man nicht vor bedenklichen Mitteln zurück, um den Beschuldigten zu überrumpeln: Überraschungen, Täuschungen, Drohungen und falsche Versprechungen, nach heutiger Auffassung Vernehmungsmethoden, die z.T. ausdrücklich gem. § 136 a verboten sind, waren an der Tagesordnung. Bei diesen Methoden kam man nicht immer auf "den Grund der Wahrheit", wie es in der Carolina ursprünglich hieß.

Zusammenfassend kann man daher feststellen, daß für die Fürsorgepflichten sehr wenig bzw. in den letzten Zeiten des Inquisitionsprozesses, in denen der Beschuldigte völlig rechts- und schutzlos war, keinerlei Raum war, da der letztlich dahinterstehende Gedanke der Menschenwürde der damaligen Zeit fremd war. Angesichts der geschilderten Merkmale erscheint es verständlich, daß das Inquisitionsverfahren als der "handgreiflichste Ausdruck verfassungsrechtlicher Ungesichertheit"[5] und somit auch strafprozessualer Rechtlosigkeit des Beschuldigten zum Angriffspunkt der Aufklärung wurde.

---

1) Vgl. Eb. Schmidt Kolleg Rdn. 19; ders. Strafrechtsgeschichte § 187
2) Vgl. Henkel S. 49f.
3) Feuerbach, Betrachtungen über das Geschworenengericht S. 40ff., und Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege I S. 236ff.
4) Paragraphen ohne nähere Angabe sind solche der StPO in der Fassung vom 17. 9. 1965
5) Sax S. 967

Seit dem Ende der Französischen Revolution ging man erstmalig in Europa von dem Inquisitionsprozeß ab[1].

Die neue strafprozessuale Entwicklung war bedingt durch die Schaffung einer Verfassung, die insbesondere Menschen- und Bürgerrechte beinhaltete, wobei u. a. die Freiheitsrechte statuiert wurden. Damit war der Untertan zur selbständigen Rechtspersönlichkeit geworden, der als unbescholtener und freier Bürger behandelt werden mußte, bis gegen ihn der Beweis der Schuld erbracht war[2]. Die neuen Verfahrenseinrichtungen schlugen sich nach dem Wirbel revolutionärer Wandlungen im code d'instruction crimenelle Napoleons nieder (1808).

Geschaffen wurde zunächst die Behörde des "ministère public", der Vorläufer der heutigen Staatsanwaltschaft[3]. Dadurch wurde die völlige Trennung der Anklagebehörde von dem urteilenden Gericht erreicht[4]. Die neu geschaffene Staatsanwaltschaft hatte ein "Gesetzeswächteramt", d.h. sie hatte u.a. die Tätigkeit der Kriminalpolizei, welche nach streng gesetzlichen Regeln vorgehen mußte, zu überwachen[5]. Der Beschuldigte konnte seither darauf hoffen, daß die ihm zustehenden Rechte auch schon im Vorverfahren beachtet wurden. Diese Überwachungsfunktion war bereits ein wesentlicher Ausdruck der Fürsorgepflicht der Staatsanwaltschaft.

Gleichzeitig wurde der Ermittlungsgrundsatz für das

---

1) In den Ländern, die ein Inquisitionsverfahren der beschriebenen Art eingeführt hatten, also neben den deutschen Ländern vor allem Frankreich. In England hatte sich die Entwicklung des Strafprozesses, jedenfalls seit der Geltung der CCC, in ganz anderer Richtung vollzogen, vgl. dazu Binding § 7
2) Vgl. Glaser S. 610f.
3) Vgl. Henkel S. 55; Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte § 290
4) In Frankreich gab es bereits vor der Revolution eine Art Anklagebehörde, die im Inquisitionsprozeß allerdings nur das Verfahren in Gang setzte, ohne weiter zu ermitteln, vgl. Henkel a.a.O.
5) Vgl. ein Votum über die Staatsanwaltschaft von v. Savigny bei Otto S. 7f.; vgl. auch Eb. Schmidt Kolleg Rdn. 24; ders. Strafrechtsgeschichte § 290

Gericht beibehalten, d. h. das Gericht hatte den Sachverhalt selbst zu erforschen, ohne an Anträge der Prozeßbeteiligten gebunden zu sein[1]. Die mehr oder weniger bewußte Voreingenommenheit des Richters wurde damit beseitigt. Da er das Beweismaterial nur noch tatsächlich und rechtlich zu beurteilen hatte, war dies ein großer Schritt in Richtung auf die materielle Wahrheit. Bei dieser gerichtlichen Ermittlungstätigkeit waren zwar noch keine ausdrücklichen Fürsorgepflichten festgelegt. Jedoch ergaben sich Fragepflichten bezüglich weiterer Angaben des Angeklagten zu seiner Verteidigung als Auswirkung der selbständigen Ermittlungspflicht des Gerichts, welches die Wahrheit zu ermitteln, also auch entlastende Tatsachen zu berücksichtigen hatte.

Der Beschuldigte konnte damit sehr viel objektiver und gerechter beurteilt werden. Zugleich wurde er bei unbegründetem Verdacht gar nicht mehr dem Makel einer Gerichtsverhandlung ausgesetzt. Die in dieser Form erfolgte Trennung des Gerichts von der Anklagebehörde war daher zusammen mit dem Ermittlungsgrundsatz zumindest auch als fürsorgliche Maßnahme zu verstehen.

Daneben wurde der Schutz der persönlichen Freiheit vor willkürlicher Verhaftung und Durchsuchung festgelegt[2]. Die Untersuchungshaft durfte nur bei Vergehen, welche wenigstens Gefängnis nach sich zogen[3], und nur bei dringendem Tatverdacht[4] verhängt werden. Sie mußte mit Flichtverdacht oder Verdunkelungsgefahr begründet sein, konnte nur von einem Richter angeordnet werden[5] und wurde gesichert durch Schutzbestimmungen gegen ungesetzliche Freiheitsberaubungen.[6]

---

1) Vgl. dazu heute § 244 Abs. 2 StPO: "Das Gericht hat ... die Beweisaufnahme von Amtswegen auf alle ... Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind".
2) Vgl. Henkel S. 56
3) Vgl. Daniels § 207, S. 125
4) Vgl. Höchster § 75, S. 107
5) Vgl. Höchster a.a.O.
6) Vgl. Daniels §§ 240, 241 S. 134

Die Wohnung galt als grundsätzlich unverletzlich; sie durfte allerdings bei Ermittlungshandlungen auf Geheiß des Oberstaatsanwalts durchsucht werden, wenn es die Wohnung des Beschuldigten war[1]. Ansonsten war auch ein richterlicher Durchsuchungsbefehl erforderlich.

Insbesondere die schärfste und einschneidenste Maßnahme des Staates, die Freiheitsentziehung, war somit wieder an feste Regeln gebunden, so daß der Betroffene nicht mehr der Willkür des ermittelnden Beamten ausgesetzt war. Der hoheitliche Eingriff wurde zudem auf ein verhältnismäßig notwendiges Maß beschränkt. Die in diesen Vorschriften liegende hoheitliche Fürsorge des Staates im Strafverfahren bezüglich der Freiheitsrechte war ein wichtiger Bestandteil der neu entstehenden gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafverfahren.

Als eine der weiteren wesentlichen Neuerungen wurde ferner der Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit für die Urteilsfindung eingeführt[2]. Durch diese Maßnahme wurde der Angeklagte noch einmal gänzlich zu dem Fall gehört. Er konnte seine früheren Aussagen ändern und bisher übersehene Beweismittel angeben. Urteilsgrundlage durfte nur das sein, was in mündlicher Verhandlung unmittelbar vorgebracht und erörtert wurde; andere Quellen, selbst der Akteninhalt, waren für das Urteil bedeutungslos. Dadurch war es dem Gericht möglich, sich selbst ein Bild von dem Verhalten des Angeklagten und der Beweiskraft seiner Aussagen sowie anderer Beweismittel zu machen. Auf diese Weise wurde die Persönlichkeit des Angeklagten gewahrt und seine Menschenwürde geachtet. Der Angeklagte war durch diese Kenntnis in der Lage, sich wirksam zu verteidigen, da der Verurteilungsvorgang für ihn transparent wurde. Auch konnte er mögliche Rechtsmittel darauf gründen.

---

1) Vgl. Daniels §§ 242, 245 S. 136
2) Vgl. Henkel S. 56

Dadurch, daß das Gericht die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten nur aus dem Inbegriff der Verhandlung schöpfen durfte, ging das Gericht zudem mehr auf den Angeklagten ein und konnte ihn gerecht beurteilen. Die hier genannten Grundsätze kennzeichneten also neben dem politischen und - gegenüber dem Angeklagten statusrechtlichen Aspekt u.a. die fürsorglichen Bemühungen des neuen Strafprozesses für den Angeklagten.

Der ebenfalls neu eingeführte Öffentlichkeitsgrundsatz hatte insofern weniger Bedeutung[1]. Er hob nur allgemein die Verantwortung der am Strafverfahren beteiligten Organe und verhinderte "sachfremden, das Licht der Öffentlichkeit scheuenden Einfluß auf das Urteil"[2]. Diese Überwachungsfunktion der Öffentlichkeit kam dem fürsorglichen Bemühen um den Angeklagten insofern nur mittelbar zugute.

Sehr wichtig war dagegen die Einführung der freien Beweiswürdigung[3]. Letztere bedeutete, daß der Richter nicht wie im Inquisitionsprozeß an feste Beweisregeln gebunden war, sondern nach seiner freien Überzeugung bzw. seiner persönlichen Gewißheit entschied. Dabei war er weder an Sachverständigengutachten noch an Zeugenaussagen gebunden, wenn ihm andere Indizien glaubwürdiger erschienen.

Vor allem unterlag damit auch das Geständnis der freien Beweiswürdigung. Es hatte keinen Sinn mehr, auf dem Wege über die entwürdigende Tortur der Folter oder mit Täuschungen ein Geständnis zu erzwingen. Die Strafverfolgungsorgane mußten auf jeden Fall den wahren Tathergang zu ergründen suchen, um zu der Überzeugung zu gelangen, daß das Geständnis mit der Tat übereinstimmte. Auch diese Neuerung half mit, der Persönlichkeit und der Menschenwürde Rechnung zu tragen. Diese Behandlungspflicht brachten dem Angeklagten verglichen mit dem früheren Verfahren eine ungleich größere Gerichtigkeit. Ebenso

---

1) In manchen Fällen verbietet die Fürsorgepflicht geradezu die Öffentlichkeit. Daher sind im heutigen GVG Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz ausdrücklich normiert
2) Vgl. BGH 9, 280 (282) zum heutigen Öffentlichkeitsgrundsatz
3) Vgl. Schorn Menschenwürde S. 14

wirkte sich schließlich noch das Recht auf Verteidigung aus, wenn dieses auch noch längst nicht zufriedenstellend gelöst war[1]. Immerhin konnte die Verteidigung mündlich, sofort und vor den Augen des urteilenden Gerichts erfolgen, wobei auch der Aussagewert des Verteidigungsvorbringens gewürdigt werden konnte[2]. Außerdem waren die Anwälte verpflichtet, die Vertretung eines Angeklagten zu übernehmen; es bestand jedoch noch keine Pflicht des Gerichts, eine notwendige Verteidigung anzuordnen[3].

Die hier dargelegten Grundsätze waren die wesentlichsten strafprozessualen Auswirkungen der Französischen Revolution auf die Entwicklung der Fürsorgepflichten. Diese französischen Regelungen werden deshalb so ausführlich erörtert, weil sie zusammen mit den sich daraus ergebenden Fürsorgepflichten auch noch die heutigen Prinzipien der StPO darstellen. Die damals entstandenen Fürsorgepflichten sind unter dem Einfluß der weiter fortentwickelten Menschenrechte nur noch vielfältiger geworden.

Das neue französische Strafverfahrensrecht wurde zunächst in die deutschen Gebiete napoleonischer Eroberungen am Rhein eingeführt. Es blieb nach dem Zusammenbruch der Fremdherrschaft bestehen, da sich die rheinischen Juristen und die Bevölkerung hartnäckig weigerten, nach dem alten preußischen Inquisitionsprozeß zu verfahren[4]. Nach der Verkündung der Menschenrechte durch die Frankfurter Nationalversammlung zwang der hier verkörperte Volkswille die Regierungen der einzelnen deutschen Länder, neue Strafprozeßordnungen nach französischem Vorbild zu schaffen[5]. Dabei traten in den Ländern allerdings einige Abweichungen auf[6], die jedoch an der Tendenz zur Schaffung größerer Rechte des Beschuldigten und ihnen entsprechender Fürsorgepflichten nichts änderten.

---

1) Vgl. Henkel S. 56; Schorn Menschenwürde S. 14
2) Vgl. Höchster § 26 S. 38
3) Vgl. Höchster § 25 S. 35f
4) Vgl. Glaser in Holtzendorffs Handbuch Bd. I S. 15f.; Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte § 291
5) Vgl. Glaser a.a.O. S. 18f.; Eb. Schmidt a.a.O. §§ 298-301
6) Henkel S. 57

Auf der Grundlage der Verfahrensordnungen der einzelnen Länder, letztlich also auf dem französischen Strafverfahren[1], wurde am 1. 2. 1877 die Reichsstrafprozeßordnung (RStPO) verkündet und trat am 1. 10. 1879 in Kraft. In dieses Gesetzeswerk fanden die bisherigen fürsorglichen Pflichten gegenüber dem Beschuldigten Eingang.

Darüber hinaus wurde die Lage des Beschuldigten jedoch wesentlich verbessert. Zunächst bestand seit dem Inkrafttreten der RStPO bei der ersten Vernehmung die Pflicht, dem Beschuldigten zu eröffnen, welche strafbare Handlung ihm zur Last gelegt wurde. Dieser unbedingte Hinweis wurde ergänzt durch die Pflicht, nach einer Erwiderung auf die Beschuldigung zu fragen. Eine weitere Fürsorgepflicht lag in dem Hinweis darauf, daß der Beschuldigte Gelegenheit habe, gegen ihn sprechende Verdachtsgründe zu beseitigen und zu seinen Gunsten sprechende Tatsachen geltend zu machen (§ 136 Abs. 1 + 2 RStPO)[2].

Zu einem Hinweis auf die Möglichkeit, in jeder Verfahrenslage einen Verteidiger konsultieren zu können, war jedoch niemand verpflichtet. Dagegen war der Vorsitzende von Amts wegen in Fällen notwendiger Verteidigung verpflichtet, einen Verteidiger zu bestellen (§§ 140, 141 RStPO).

Die Untersuchungshaft wurde gemildert und ihre Voraussetzungen ziemlich eindeutig festgelegt (§§ 112, 113 RStPO). Sie entsprachen im Grundsatz dem französichen Vorbild. Daneben bestand aber eine weitere Fürsorgepflicht in dem notwendigen Hinweis auf das Beschwerderecht des Beschuldigten (§ 114 Abs. 3 RStPO). Im übrigen konnte der Verhaftete gegen Sicherheitsleistung von der Untersuchungshaft verschont werden (§ 117 RStPO). Es gab aber noch keine Vorschrift hinsichtlich einer Zeitbegrenzung oder einer Haftprüfung.

---

1) Vgl. Henkel S. 58
2) Der Gesetzeswortlaut der RStPO wurde entnommen von v. Schwarze, "Commentar zu der Deutschen Strafprozeßordnung"

Ferner konnte der Angeschuldigte seit 1879 in gewissen Fällen eine gerichtliche Voruntersuchung beantragen (§ 176 RStPO)" er mußte jedoch nicht darauf hingewiesen werden. Schließlich gehört in diesen summarischen Uberblick über die Entwicklung der Fürsorgepflicht noch die sehr wichtige Hinweispflicht auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes bzw. auf die Erweiterung der Anklage (§§ 264, 265 RStPO), damit der Angeklagte sich in seiner Verteidigung darauf einrichten konnte. Außerdem galt seither bei der Berufung oder der Revision, falls sie von seiten des Angeklagten eingelegt wurde, das Verbot der Schlechterstellung.

Diese Beispiele waren die wichtigsten Neuregelungen der RStPO im Hinblick auf die gerichtlichen Fürsorgepflichten im Strafverfahren. Mit dem Inkrafttreten der RStPO war das Verfahren mit wirksamen Rechtsgarantien gesichert. Zum ersten Male in Deutschland mußte die Schuld des Beschuldigten nachgewiesen werden. Seinen Rechten standen wirkliche Pflichten der Strafverfolgungsorgane gegenüber. Diese Stellung des Beschuldigten wurde bis zum heutigen Zustand noch erheblich verbessert. Daher verbleibt noch eine kurze Darstellung des Einflusses, den die einzelnen Novellen auf die weitere Entwicklung der Fürsorgepflichten der StPO genommen haben.

Die erste in dieser Beziehung relevante Änderung erfolgte 1923 mit der Ausklammerung des Jugendgerichtsverfahrens aus dem allgemeinen Strafverfahren[1]. Dadurch wurden die spezifischen Merkmale der Jugendkriminalität erheblich besser erfaßt und beachtet. Der Richter konnte seither den Jugendlichen und Heranwachsenden in erster Linie als Erzieher entgegentreten und neben möglichen Strafen sehr verschiedenartige Erziehungsmaßregeln treffen. Das JGG ist daher in sehr hohem Maße als fürsorgliche Regelung gegenüber Jugendlichen zu verstehen.

---

1) Vgl. Henkel S. 59; Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte § 349

Die durch die sog. "Emminger-Verordnung" von 1924 bewirkte tiefgreifende Zuständigkeitsänderung[1] hatte keinen wesentlichen Einfluß auf Fürsorgepflichten und war zudem z. T. vorübergehender Natur, ebenso wie die bis 1925 bestehende Beeinträchtigung der Rechte des Beschuldigten durch die Einschränkung der Beweisaufnahme[2].

Eine Änderung trat jedoch durch die Verordnung zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. 12. 1931[3] ein: durch die Verordnung wurde die Verfolgung von Übertretungen davon abhängig gemacht, daß das öffentliche Interesse sie erfordere[4]. Dieses eng begrenzte Opportunitätsprinzip stellte die Verhältnismäßigkeit zwischen einer geringfügigen Gesetzesmißachtung ohne kriminelle Tendenz und dem staatlichen Strafanspruch her. Dadurch werden die "Bagatell-Täter" begünstigt, indem sie entsprechend ihrer an sich gesetzestreuen Grundhaltung nicht mehr wie Kriminelle mit dem damit verbundenen sittlichen Makel behandelt werden. Das Opportunitätsprinzip ist daher neben dem Gesichtspunkt der Arbeitserleichterung als fürsorgliche Behandlungspflicht der Staatsanwaltschaft ansehbar.

Eine für die gerichtliche Fürsorgepflicht sehr viel wichtigere Novelle von 1926 brachte eine Einschränkung der Untersuchungshaft und die Einführung des Haftprüfungsverfahrens[5]. Hier wirkt sich das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Freiheit der Person, welches auch die Weimarer Verfassung in Art. 114 garantierte, unmittelbar auf das Strafverfahren aus. In der von Amts wegen durchzuführenden Haftprüfung zeigt sich besonders deutlich, daß sich der Gedanke der hoheitlichen Fürsorge für jede Staatstätigkeit durchsetzt.

Von den nach 1933 erfolgten bleibenden Verbesserungen hinsichtlich der gerichtlichen Fürsorge ist zunächst die Einführung eines selbständigen Sicherungsverfahrens gegen zurechnungsunfähige

1) RGBl I (1924), S. 15ff.
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 3 Anm.2
3) RGBl I (1931), S. 537
4) Vgl. Löwe-Rosenberg-Schäfer a.a.O. Anm. 3
5) Vgl. Henkel S. 59; Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte § 349

Rechtsbrecher und des dazugehörigen Unterbringungsbefehls zu nennen[1]. Seither ist es nicht mehr erforderlich, zunächst ein Strafverfahren gegen strafrechtlich nicht verantwortliche Rechtsbrecher durchzuführen, diese wegen Schuldunfähigkeit freizusprechen und erst in dem freisprechenden Urteil ihre Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt anzuordnen. Das Sicherungsverfahren tritt an die Stelle des Strafverfahrens, so daß Schuldunfähige ausschließlich wie Kranke behandelt, in Heilanstalten geheilt bzw. unter ärztlicher Aufsicht verwahrt werden.

Die einzige weitere tatsächliche Verbesserung betraf das Beweisrecht. Eine Novelle regelte 1935 in § 245 Abs. 2 (heute § 244 Abs. 3 - 5) abschließend die Voraussetzungen, unter denen ein Beweisantrag nur abgelehnt werden konnte. Zugleich wurde der heutige § 244 Abs. 2 geschaffen, der dem Gericht vorschreibt, von Amts wegen alles zur Erforschung der Wahrheit Notwendige zu tun[2]. Durch diese Neuregelung wurde die Verteidigungsmöglichkeit verbessert und der Angeklagte mit größerer Gerechtigkeit beurteilt. Neben diesen fürsorglichen Auswirkungen beinhaltete die Änderung eigentliche Fürsorgepflichten in Form von Frage- bzw. Hinweispflichten, wie unten noch näher ausgeführt wird.

Im übrigen traten die Belange des Beschuldigten im Dritten Reich in den Hintergrund. Die menschliche Würde und Persönlichkeit wurden nicht mehr ausreichend beachtet. Die wesentlichsten Bestimmungen zum Schutz des Beschuldigten wurden erheblich geändert, so daß seine Rechte wieder in den Zustand des polizeistaatlichen Inquisitionsprozesses zurückfielen. Der Beschuldigte wurde bald wieder zu einem Untersuchungsobjekt degradiert. Die bisher bestehenden Fürsorgepflichten wurden entsprechend reduziert. Genannt werden soll hier nur die Schaffung des Volksgerichtshofes und der Sondergerichte, durch die politische Täter ihrem gesetzlichen Richter entzogen wurden; ferner die Beschränkungen der Rechtsmittel, u.a. durch die Beseitigung des

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 3 Anm. 4 d)
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Schäfer a.a.O.

Verbots der reformatio in peius. Der Verurteilte brauchte auch nicht mehr auf Rechtsmittelmöglichkeiten hingewiesen zu werden. Durch die Einrichtung eines polizeilichen "Sicherungsverfahrens", durch welches die Polizeiorgane ohne richterlichen Haftbefehl Maßnahmen von strafendem oder strafähnlichem Charakter verhängen konnten ("Vorbeuge- oder Schutzhaft"), durch neue Haftgründe und die Beseitigung der Haftprüfung war von den fürsorglichen Behandlungspflichten und von der Achtung der Freiheitsrechte nichts mehr übriggeblieben. Auch die anderen "Verbesserungen" dienten in erster Linie dem Schutz der Staatsform, erst dann der Gerechtigkeit[1].

Dieser Zustand fehlender Rechte des Beschuldigten und der ihnen korrespondierenden Fürsorgepflichten der Gerichtsorgane endete 1945. Aber erst seit 1950 gibt es für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland durch das Vereinheitlichungsgesetz[2] wieder ein einheitliches Strafverfahren freiheitlich demokratischer Art. In ihm sind alle Fürsorgepflichten enthalten, die der Strafprozeß vor 1933 auswies. Zusätzlich sind auch einige wirkliche Reformen aus der nationalsozialistischen Zeit wie die oben[3] erwähnten beiden Anderungen in die StPO aufgenommen worden. Darüber hinaus wurde die StPO mit einer außerordentlich wichtigen fürsorglichen Regelung versehen: die gesetzliche Aufzählung der verbotenen Vernehmungsmethoden (§ 136 a). Weitere Änderungen in bezug auf Fürsorgepflichten traten 1965 mit der "kleinen Strafprozeßreform" in Kraft. Hierbei wurde versucht, die Rechte des Beschuldigten im Strafverfahren noch mehr mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen.

Durch die am 1. 1. 1975 in Kraft getretene Reform der StPO (aufgrund des 1. StVRG vom 9. 12. 74 und des Gesetzes zur Ergänzung des 1. StVRG vom 20. 12. 74) sind keine wesentlichen Anderungen der Fürsorgepflicht eingetreten. Zwar ist insbesondere das Schlußgehör (§§ 169 a + b StPO a.F.) und die gerichtliche Voruntersuchung (§§ 178 - 197 StPO a.F.) abgeschafft sowie der Ausschluß des Verteidigers im Falle der Beteiligung an der Tat des Beschuldigten bzw. sonstiger dort aufgeführter Straftaten des Verteidigers neu in die StPO aufgenommen worden (§§ 138 a - d StPO n.F.). Diese Neuerungen schränken jedoch die Rechte des Beschuldigten auch aus

1) Vgl. zu den rechtlichen Einschränkungen dieser Zeit etwa Henkel S. 59f.; Eb. Schmidt Strafrechtsgeschichte §§ 359 - 362
2) BGBl I (1950), S. 455 ff.
3) S. 17 - Selbständiges Sicherungsverfahren, Verbesserung des Beweisrechts

fürsorglicher Sicht nicht soweit ein, daß von einer Verschlechterung der Fürsorge die Rede sein kann. Es steht dem Beschuldigten frei, nur vor einem (Ermittlungs-) Richter auszusagen. Ferner kann der Angeschuldigte im Zwischenverfahren, wenn ihm die Anklageschrift von dem Vorsitzenden des Gerichts mitgeteilt wird, noch einzelne Beweiserhebungen beantragen (§ 201 StPO). Zudem wird durch den Wegfall der gerichtlichen Voruntersuchung eine Beschleunigung des Verfahrens erreicht, die dem Beschuldigten zugute kommt. Und schließlich wird der Beschuldigte im Falle notwendiger Verteidigung nicht ohne Verteidiger belassen, falls der ursprüngliche Verteidiger ausgeschlossen wird.

Die aus der StPO in der Fassung vom 7. 1. 1975 resultierenden Fürsorgepflichten werden im Verlaufe der Arbeit ausführlich erörtert.

Mit dem Inkrafttreten der StPO in der Fassung von 1950 und den späteren Fassungen war die in der Französischen Revolution begonnene Entwicklung des Beschuldigten vom gehorsamsverpflichteten Untersuchungsobjekt zum staatsbürgerlichen Untersuchungssubjekt mit eigenen Rechten und Pflichten einen großen Schritt vorangekommen. Der Beschuldigte steht dem Staatsanwalt seither in vieler Hinsicht als gleichberechtigter Prozeßbeteiligter gegenüber[1]. Zur Verwirklichung dieser Gleichstellung sind die am Strafverfahren beteiligten Organe der Strafrechtspflege verpflichtet, den Beschuldigten in seinem schutzwürdigem Interesse in umfassender Weise auf die ihm zustehenden Rechte hinzuweisen, ihn zu belehren und zu befragen und ihn menschlich zu behandeln.

Da sich bereits anhand der geschichtlichen Entwicklung ein Zusammenhang der Fürsorgepflichten mit der jeweiligen Verfassung gezeigt hat, ist im folgenden zunächst zu untersuchen, welche Vorschriften der heutigen Verfassung, dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, als Rechtsgrundlage der Fürsorgepflichten anzusehen sind.

---

1) Mit dieser "Waffengleichheit" ist hier kein echtes Parteiverfahren i.S.d. anglo-amerikanischen Rechts gemeint.

2. Kapitel Die Fürsorgepflicht als Auswirkung des Grundgesetzes

I. Als Auswirkung des Art. 1 Abs. 1 GG

Art. 1 Abs. 1 GG wird als "Magna Charta", als Grundgesetz des Strafverfahrens, bezeichnet[1]. Da es sich bei der StPO um ein Ausführungsgesetz zum Bonner Grundgesetz handelt[2], ist Art. 1 GG auch für die StPO die Grundnorm. Der Begriff der Menschenwürde ist damit zu einem wesentlichen Bestandteil des Strafverfahrensrechts geworden[3].

Daran ändert auch nichts die Fassung des Art. 1 Abs. 3 GG, nach der nur die dem Art. 1 GG "nachfolgenden Grundrechte" die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung binden. Es wäre ein "spitzfindiger Formalismus"[4], wollte man aus dem Gesetzeswortlaut eine Nichtbindung besonders der Rechtsprechung herleiten. Dagegen spricht ebenfalls Art. 79 Abs. 3 GG, der u.a. auch den in Art. 1 GG niedergelegten Grundsatz für unabänderlich erklärt. Auch aus dem Prinzip richterlicher Unabhängigkeit ist keine Nichtbindung zu folgern, da die Richter gem. § 25 DRiG dem Gesetz unterworfen sind[5]. Im übrigen ist die Unantastbarkeit der Menschenwürde ein "naturrechtliches Elementarprinzip" und Art. 1 GG ein "vorstaatlicher, übergesetzlicher Rechtssatz"[6], der daher sogar den Verfassungsgeber und erst recht die rechtsprechende Gewalt bindet. Die Erörterung des Streites, ob es sich bei Art. 1 GG um ein echtes Grundrecht handelt oder nicht, soll hier nicht erfolgen. Für das vorliegende Thema

---

1) Vgl. Schorn Menschenwürde S. 17
2) Vgl. Sax S. 910; Eb. Schmidt Lehrk. I S. 8 (Vorwort zur 1. Aufl.); Kunert MDR 67, 539 m.w.N.
3) Vgl. Peters S. 24
4) Nipperdey S. 12
5) Vgl. Hess. Staatsgerichtshof DÖV 53, 252
6) Nipperdey S. 2; BVerfG NJW 54, 66

ist diese Entscheidung entbehrlich, da kein Fall denkbar ist, in dem ein staatlicher Angriff auf die Menschenwürde nicht zugleich ein Angriff auf ein spezielles Grundrecht wäre - mindestens auf das Hauptfreiheitsrecht des Art. 2 GG[1]. Dadurch wäre jedenfalls immer eine Verfassungsbeschwerde gem. §§ 90ff. BVerGG zulässig.

Art. 1 Abs. 1 GG als Bestandteil des Strafverfahrensrechts könnte auch die Grundlage der strafrechtlichen Fürsorgepflicht sein.

Zur Feststellung dieser rechtlichen Grundlage ist zuvor jedoch zu fragen, was unter "Menschenwürde" zu verstehen ist. Das Grundgesetz umschreibt diesen Begriff nicht näher. In Art. 1 Abs. 1 GG heißt es lediglich: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt". Die Menschenwürde wird also nur gegen Angriffe abgeschirmt.

Der Begriff der "Würde" selbst ist kein juristischer[2], sondern ein ethischer und weltanschaulicher und mehr in den Bereich der Philosophie und Theologie gehörig[3]. Die Würde als Wertbegriff setzt einen Wertträger als Subjekt voraus: den Menschen[4]. Die Würde des Menschen besteht in dem, "was ihn vor der übrigen belebten und unbelebten Schöpfung auszeichnet; es ist seine Persönlichkeit, die ihn zum Denken, Empfinden und Werten, zum sittlichen Handeln und Beurteilen befähigt. Sie gibt ihm die Fähigkeit, geistiges Wesen zu sein und steht ihm kraft seiner Natur zu"[5]. Der Mensch ist eine autonome sittliche Persönlichkeit[6]; seine Würde ergibt sich aus dem sozialethischen Achtungsanspruch[7]. Sie verbietet es, den Menschen zu einem bloßen Mittel

1) Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 1 Rdn. 13
2) Vgl. Nipperdey S. 1
3) Vgl. v. Mangoldt-Klein S. 149
4) Dürig JR 52, 259; v. Mangoldt-Klein a.a.O.
5) Peters S. 24; ähnlich auch Nipperdey S. 1f.; v. Mangoldt-Klein a.a.O. mw.N.
6) Niese S. 225
7) Dürig AöR 81, 118

für fremde Zwecke zu gebrauchen und gebietet die Behandlung als Selbstzweck[1].

Diese Würde kommt jedem Menschen zu. Sie steht unbescholtenen und verdächtigen Menschen zu, daneben aber auch Straffälligen, gleichviel, wie hoch ihre verbrecherische Intensität ist[2]. Wenn auch Verbrecher im Volksmund häufig als "unwürdig" bezeichnet werden, weil sie ihre Freiheit zur "Selbsterniedrigung mißbraucht"[3] haben, gebietet doch die Menschheit in ihrer Person die Achtung ihrer autonomen Persönlichkeit[4]. Die Straftat beraubt einen Menschen seiner Würde nicht; gerade diese Selbsterniedrigung zeigt die dem Menschen eigene und freie Selbstgestaltungsmöglichkeit als Teil seiner Würde[5].

Bedenklich erscheint daher die von v. Mangoldt-Klein[6] angedeutete Möglichkeit, die Würde eines besonders skrupellosen Verbrechers im Interesse der Wahrung der Würde des Verletzten einzuschränken, indem verbotene Beweismethoden, etwa Ermüdung oder Täuschung des Beschuldigten i.S.d. § 136 a StPO, für zulässig erachtet werden. Außer den anderen, oben genannten Gründen der Humanität und des Persönlichkeitsschutzes kommt noch hinzu, daß der "Verbrecher" bis zur endgültigen Aburteilung der Tat nur verdächtigt wird, nicht aber als überführt gilt. Außerdem wird die Würde des Verletzten nicht durch eine entwürdigende Behandlung des Täters wiederhergestellt. Eine Einschränkung der Achtung der Menschenwürde gegenüber dem Beschuldigten wird daher zu Recht fast einhellig abgelehnt[7].

Der grundlegenden Norm des Art. 1 Abs. 1 GG wird im Strafverfahren u.a. dadurch Rechnung getragen, daß der Beschuldigte wie ein Mensch behandelt und auf alle ihm zustehenden Rechte aufmerksam gemacht wird. Er ist darin zu unterstützen,

---

1) Radbruch SJZ 47, Sp. 132
2) Vgl. etwa Dürig AöR 81, 126; Schorn Würde S. 20 m.w.N.
3) Dürig a.a.O.
4) Vgl. Niese S. 225; Peters S. 24
5) Dürig a.a.O.
6) M. Mangoldt-Klein S. 152f.
7) Vgl. Sax S. 972; Peters S. 25; Maunz-Dürig a.a.O.; Nipperdey S. 3; Wintrich S. 17

sachdienliche Anträge zu stellen, er ist nach weiteren Beweisquellen zu befragen und auf Rechtsmittel hinzuweisen. Nur die in dieser Art verwirklichten Fürsorgepflichten lassen dem Beschuldigten Raum zu autonomen Entscheidungen und erfüllen den sozialethischen Achtungsanspruch. Nur so wird ihm auch als Verdächtigem die Fähigkeit erhalten, geistiges Wesen zu sein und seine Persönlichkeit zu wahren. Und nur so wird die Subjektstellung des Beschuldigten gesichert und er nicht zu einem Mittel, zu einem Objekt degradiert. Die Fürsorgepflicht im Strafverfahren ist daher eine direkte Auswirkung des Art. 1 Abs. 1 GG; die Achtung der Menschenwürde ist ein wesentlicher Bestandteil dieser Pflicht.

II. Als Auswirkung der Art. 2 und Art. 3 GG

Neben der für das Thema der Arbeit sehr wichtigen Vorschrift des Art. 1 GG findet vor allem Art. 2 GG, der die Wahrung der Persönlichkeit näher ausgestaltet, als Grundlage der Fürsorgepflicht Anwendung. Art. 2 Abs. 1 GG garantiert die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Genauer gesagt ist das Schutzgut des Abs. 1 die psychische Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung, die nicht durch List, Täuschung oder Drohung beeinträchtigt werden darf[1]. Eng damit zusammen hängt das Recht, nur bewußt abgegebene Äußerungen als rechtserhebliche Willenserklärungen im Strafverfahren anzusehen[2]. Unerheblich ist es dabei, ob ein Einverständnis des Beschuldigten vorliegt oder nicht, denn der Schutz der

1) Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 1 Rdn. 34
2) Wichtigstes Beispiel ist der "Lügendetektor", der unbewußte Reaktionen des Beschuldigten wie Puls, Atmung usw. äußerlich mißt. Aus der Veränderung der Symptome wollte man die Unwahrhaftigkeit feststellen

Persönlichkeit ist eine objektive Verpflichtung des Staates[1]. Außerdem wäre dadurch das Schutzgut erheblich beeinträchtigt, da sich ein "Einverständnis" relativ leicht beschaffen ließe.

Durch Art. 2 Abs. 1 GG wird also noch einmal klargestellt, daß das Strafverfahren nicht etwa auf die Beseitigung der Persönlichkeit des Beschuldigten oder die Ausschaltung seines Willens gerichtet sein darf.

Abs. 2 schützt die physische Freiheit des Menschen und gewährleistet die körperliche Unversehrtheit und räumliche Bewegungsfreiheit. Verboten sind danach besonders sog. "Wahrheitsdrogen", da sie toxische Zustände, also krankhafte Veränderungen des Körperzustandes, hervorrufen und der Unversehrtheit widersprechen[2]. Die in Abs. 2 ausgesprochenen Freiheiten sind allerdings aufgrund eines Gesetzes einschränkbar. Die StPO erfüllt mit ihren Zwangsrechten die Voraussetzungen eines solchen Gesetzes[3]. Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, z. B. durch die Blutprobe - § 81 a - und die Freiheit der Person, z. B. durch die Untersuchungshaft - §§ 112 ff. - sind daher durchaus verfassungsgemäß[4]. Bei der Anwendung der nach der StPO und dem GVG erlaubten Zwangsmittel spielt der Abs. 2 aber noch eine wichtige Rolle insoweit, als er bei diesen Maßnahmen i.V.m. Art. 19 Abs. 2 GG die Verhältnismäßigkeit zwischen Zwangsmittel und Zweck der Anwendung vorschreibt[5].

Dieselbe Zielrichtung wie Art. 2 Abs. 1 + 2 GG hat die Fürsorgepflicht mit ihren Sachleitungs-, Frage- und Belehrungspflichten. Als Beispiel mag hier § 136 a (Verbotene Vernehmungsmethoden)dienen, der als "Grundrechtsausführungsnorm" zu Art. 2 Abs. 1 + 2 GG[6] zugleich eine Hauptstütze der normierten Fürsorgepflichten darstellt. Die

---

1) Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 1 Rdn. 35
2) Vgl. Kern S. 61; Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 2 Rdn. 35
3) Vgl. Maunz-Dürig a.a.O.
4) Vgl. Kern S. 62f., 76ff.
5) Vgl. Maunz-Dürig a.a.O. Rdn. 53, 54
6) Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 2 Rdn. 37

Fürsorgepflichten der Beamten der Kriminalpolizei, der Staatsanwälte und Richter bei der Vernehmung verpflichten den genannten Personenkreis z. B. zu einer genauen Belehrung über Aussageverweigerungsrechte des Beschuldigten. Eine etwa gegenteilige Belehrung ware eine verbotene Täuschung. Ferner ist den vernehmenden Beamten aus fürsorglichen Gründen ein pausenloses Verhör zur Ermüdung des Beschuldigten untersagt, denn dadurch würde die Freiheit der Willensentschließung verletzt.

Da demnach auch die Fürsorgepflicht die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung schützen und Eingriffe in die physische Freiheit auf das Notwendige beschränken will, ist Art. 2 Abs. 1 + 2 GG eine genauso wesentliche Grundlage der Fürsorgepflicht im Strafverfahren wie Art. 1 GG.

Weniger Bedeutung für das Thema hat dagegen das in Art. 3 GG niedergelegte Gleichheitsrecht, das die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz sichert. Diese rechtliche Gleichbehandlung kommt in der Fürsorgepflicht des Richters gegenüber dem Angeschuldigten zum Ausdruck, die eigene Zuständigkeit zu beachten. Verboten sind nach Art. 3 GG z. B. Ausnahmegerichte für bestimmte einzelne Fälle. Ansonsten wirkt sich der Gleichheitssatz hauptsächlich bei der Fürsorgepflicht aus, jedem Angeschuldigten bei entsprechenden Voraussetzungen einen Pflichtverteidiger zu bestellen, um jedem Angeschuldigten unabhängig von seinen finanziellen Möglichkeiten den gleichen rechtlichen Schutz zuteil werden zu lassen.

III. Als Auswirkung weiterer Grundrechte und grundrechtsähnlicher Rechte (Art. 10, 11, 13, 104 GG)

Außer den hier behandelten Grundregelungen der Art. 1 bis 3 GG finden noch einige andere Grundrechte und grundrechtsähnliche Rechte als Grundlage der Fürsorgepflicht Anwendung. Sie sind jedoch nur nähere Ausgestaltungen und Spezialnormen der in Art. 1 bis 3 GG getroffenen Regelungen und jeweils nur für bestimmte einzelne Fürsorgepflichten von Bedeutung.

Dabei handelt es sich einmal um Art. 10 GG (Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses). Dieser wird bei Fürsorgepflichtverstößen verletzt, die mit der Beschlagnahme von Briefen oder der Telefonüberwachung einhergehen können. Ein solcher Verstoß läge z. B. in der fehlenden Benachrichtigung von der Überwachung, obwohl alle Voraussetzungen dafür gegeben wären, oder aber darin, daß Briefe beschlagnahmt werden, die erkennbar nichts mit dem Fall zu tun haben (§§ 100 a, 101, 99).

Zum anderen dreht es sich um Art. 11 GG (Gewährleistung der Freizügigkeit, also der Freiheit, an jedem Ort Aufenthalt und Wohnung zu nehmen[1]). Seine Verletzung bestünde in Verstößen gegen die Fürsorgepflichten, die mit der Untersuchungshaft zusammenhängen, z. B. eine lange Einbehaltung in der Untersuchungshaft, obwohl eine kürzere Haftstrafe zu erwarten ist.

Außerdem geht es um Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung), der bei Fürsorgepflichten bezüglich der Durchsuchung der Wohnung verletzt werden könnte. Als Beispiel soll die nächtliche Durchsuchung ohne Beachtung der in § 104 aufgeführten Voraussetzungen genannt werden.

Ferner ist hier der Art. 104 GG anzuführen, der die Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehungen zum Inhalt hat. Er ist für viele Fürsorgepflichten von Bedeutung. Die Abs. 1 bis 3 des

---

1) v. Mangoldt-Klein S. 347

Art. 104 GG stehen in einem untrennbaren Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 + 3 GG und konkretisieren lediglich den Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG bezüglich der Freiheit der Person[1], also der körperlichen Bewegungsfreiheit (im Gegensatz zur "Niederlassungsfreiheit" des Art. 11 GG). Obwohl Art. 104 GG bis auf seinen Abs. 4 kein eigenständiges Grundrecht i.S.e. lex specialis darstellt, wenn er auch in formeller Hinsicht Grundrechtscharakter hat[2], besteht bei seiner Verletzung die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde, da Art. 104 GG in § 90 BVerfGG mit aufgezählt ist.

Abs. 1 gebietet die Beachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten bei einem Freiheitsentzug, also etwa die Begründung eines dringenden Tatverdachts i.S. d. § 112. Abs. 1 verbietet seelische und körperliche Mißhandlungen, ebenso wie die fürsorgliche Regelung des § 136 a. Dazu kann auf das zu Art. 2 Abs. 2 GG Ausgeführte verwiesen werden.

Die Abs. 2 + 3 behandeln die richterliche Mitwirkungspflicht bei der Freiheitsentziehung. Sie sind - zusammen mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG - beispielsweise bei einem Verstoß gegen Fürsorgepflichten bezüglich einer Festnahme ohne Mitwirkung des Haftrichters heranzuziehen.

Die ratio legis des Abs. 4 ist zu verhindern, daß Personen spurlos verschwinden[3]. Daher besteht eine (Fürsorge-)Pflicht des Haftrichters darin, von Amts wegen einen Angehörigen oder eine Vertrauensperson des Festgenommenen zu benachrichtigen.

---

1) Vgl. BVerfGE 10, 302 (322f.)
2) Vgl. Maunz-Dürig Art. 104 Rdn. 1
3) Vgl. Kern S. 73

IV. Als Auswirkung des Art. 19 Abs. 2 GG

Art. 19 Abs. 2 GG verbietet es, ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt anzutasten. Ohne näher auf diesen Wesensgehalt einzugehen, ist zu bemerken, daß die Vorschrift u. a. auch als Abwehrnorm für übermäßige, im übrigen jedoch sachlich durch Gesetzesvorbehalte gedeckte grundrechtseinschränkende Maßnahmen des Staates zu verstehen ist[1]. Der Wesensgehalt würde angetastet, wenn durch den Eingriff die wesensmäßige Geltung und die Entfaltung des Grundrechts stärker als erforderlich eingeschränkt würde[2]. So wird durch diese Norm ein Mißverhältnis zwischen dem jeweiligen Mittel und dem Zweck abgewehrt. Eine große Bedeutung hat die Vorschrift somit auch für die Zwangsmittel des Staates zu dem Strafverfolgungszweck.

Dieses Übermaßverbot ist zwar auch ein Bestandteil der Achtung der Menschenwürde, da es den Beschuldigten zum Objekt herabwürdigt, wenn er mit härteren Mitteln behandelt wird, als es der Gemeinwohlzweck erfordert. Art. 19 Abs. 2 GG ist aber insoweit als Spezialnorm zu betrachten[3].

Da die Zwangsmaßnahmen, die begrenzt werden sollen, Eingriffe in Grundrechte verkörpern, ist Art. 19 Abs. 2 GG für den (strafrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zumindest auch - neben dem Rechtsstaatssatz - die verfassungsrechtliche Grundnorm[4]. Dieser Grundsatz umschreibt zwar nur e i n e der vielen Fürsorgepflichten, dafür aber eine sehr wesentliche, die bei j e d e r Amtshandlung der Strafverfolgungsorgane strikt zu beachten ist.

---

1) Vgl. Dürig AöR 81, 117 (146); Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 2 Rdn. 53
2) Vgl. Maunz S. 135; Hamann-Lenz Art. 19 Anm. B 7; BGH DÖV 55, 729 (730)
3) Vgl. Dürig a.a.O.
4) Nicht unstreitig. Nach a.M. - v. Mangoldt-Klein S. 561 und BVerfGE 23, 127 (133) - beruht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf dem Rechtsstaatssatz, s. auch dort. Zumindest wird Art. 19 Abs. 2 GG auch als Grundnorm aufgefaßt. Die Klärung dieser Streitfrage würde aber den Rahmen dieser Arbeit übersteigen

V. Entwicklung aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 2 GG

1.) Ableitung aus dem Rechtsstaatssatz

Das Rechtsstaatsprinzip ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich enthalten. Aus dem Inhalt des Art. 20 GG - vor allem der Dreiteilung der Gewalten und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit - ist jedoch zu folgern, daß die Bundesrepublik nach dem Grundgesetz ein Rechtsstaat ist. Dies ergibt sich auch aus Art. 28 Abs. 1 GG, wo von einem Rechtsstaat i.S.d. Grundgesetzes die Rede ist.

Dieser Rechtsstaatssatz besteht aus 2 Komponenten, der formellen Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit, wobei die Rechtssicherheit i.d.R. einen untrennbaren Bestandteil des Gerechtigkeitsprinzipes darstellt[1]. Falls doch ein Widerstreit zwischen beiden entsteht, ist die Entscheidung darüber Aufgabe des Gesetzgebers[2]. Ein solcher Gegensatz besteht jedenfalls nicht bei den hier u.a. zu erörternden nicht normierten Fürsorgepflichten, da diese den Normen der StPO und des GVG nicht widersprechen, sondern sie nur erweitern.

Im einzelnen bedeutet die Rechtsstaatlichkeit auf strafprozessualem Gebiet ein faires Verfahren unter Einhaltung der prozeßrechtlichen Vorschriften ("justizförmiger Rechtsschutz") und Gewährleistung der Grundrechte der Prozeßbeteiligten vor dem gesetzlichen, unabhängigen Richter[3].

Für die Fürsorgepflicht ist zunächst der Begriff "faires Verfahren" wichtig. Dadurch wird es den Rechtspflegeorganen verwehrt, den Beschuldigten in seiner Verteidigung zu behindern (z. B. durch zu kurze Fristen). Von Wichtigkeit ist ferner die Beachtung prozeßrechtlicher Vorschriften wie etwa die Belehrungspflicht über das Aussageverweigerungsrecht (§ 136).

Schließlich sind an dieser Stelle noch zwei weitere wichtige Fürsorgepflichten als Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzipes zu

---

1) Vgl. Maunz-Dürig Art. 20 Rdn. 58, 59
2) BVerfGE 25, 269 (290)
3) Vgl. v. Mangoldt-Klein S. 601; Maunz S. 67, 69; Müller-Sax Einl. 1 c; BVerfG NJW 69, 1423 (1424); BVerfGE 9, 89 (95); 26, 66 (71)

nennen: das Verbot jedes Willenszwanges gem. § 136 a und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen prozessualem Mittel und Zweck[1]. Das Verbot des Willenszwanges findet zugleich in Art. 1 und 2 GG, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Art. 1 und 19 Abs. 2 GG i.V.m. dem jeweiligen Grundrecht seine Begründung. Diese Vorschriften sind oben bereits dargelegt worden.

Die Bedeutung der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte für das vorliegende Thema wurde bereits erörtert. Eine weitere Fürsorgepflicht besteht in der Anklage vor dem örtlich und sachlich zuständigem Gericht ("gesetzlicher Richter"), um den Angeschuldigten nicht der Willkür auszusetzen, aus politischen oder sonstigen justizfremden Gründen vor einem "erwünschten" Gericht angeklagt zu werden, und um ihm keine Rechtsmittelinstanz zu nehmen.

Eine andere direkte Ausformung des Rechtsstaatsprinzipes ist die Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG - darauf wird noch kurz einzugehen sein.

Der Rechtsstaatssatz mit allen seinen Ausformungen ist zusammen mit Art. 1 und 2 GG die wichtigste grundlegende Norm für die Fürsorgepflicht im Strafverfahren, da sich aus diesen drei Grundsätzen sämtliche Pflichten direkt oder indirekt über weitere Grundrechte ableiten lassen.

2.) Begründung durch den Sozialstaatssatz

Ferner könnte die Fürsorgepflicht ein Ausfluß des Sozialstaatssatzes (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) sein. Dieser besagt, daß der Staat nach den Grundsätzen der sozialen Gerechtigkeit aufgebaut

---

1) Vgl. Müller-Sax Einl. 1c + d I; BVerfGE 23, 127 (133); vgl. auch BVerfGE 24, 367 (404); 25, 269 (292)

sein soll, wobei auch das gesamte Recht eine soziale Tendenz haben soll[1]. Die soziale Gerechtigkeit bedeutet ein Verteilungsprinzip, das jeder Schicht oder Gruppe der Bevölkerung die ihr zukommenden Rechte, insbesondere die wirtschaftliche und kulturelle Lebensfähigkeit auf einem angemessenen Niveau, einräumt[2]. "Sozial" bedeutet daher in der Hauptsache die Regelung der Sozialversicherung, Sozialfürsorge und Daseinsvorsorge für alle Bevölkerungskreise[3]. Die soziale Gerechtigkeit ist daher hauptsächlich von Bedeutung für das Verwaltungsrecht (Leistungsverwaltung, Sozialversicherung). Daneben ist das soziale Element auch ein wesentlicher Bestandteil des Zivilrechts und seiner Rechtsprechung, sei es für arbeitsrechtliche Fragen[4], sei es für sonstige Ansprüche aus dem BGB[5]. Außerdem ist dieser Grundsatz auch in prozessualer Hinsicht von Bedeutung, nämlich für das "Armenrecht".

Im Bereich des Strafrechts hat der Sozialstaatssatz im Strafvollzug für die Resozialisierung Bedeutung. Bei den hier interessierenden Fürsorgepflichten im Ermittlungsverfahren spielt die soziale Komponente aber eine geringere Rolle. Lediglich für die Strafbemessung, für die gerichtliche Ermittlungshilfe und die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist der Sozialstaatssatz die Grundnorm. Die letztgenannte Fürsorgepflicht beruht aber nicht auf dem Sozialstaatssatz allein, sondern ist im gleichen Ausmaß auch noch durch Art. 3 GG begründet.[6]

Im Strafverfahren wird jedoch nichts gewährt oder geregelt, sondern es wird nur auf die sozialen Verhältnisse des

---

1) I.d.S. Maunz S. 72; Hamann-Lenz Art. 20 Anm. 3; Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 20 Rdn. 20; BVerfGE 5, 85 (198); v. Mangoldt-Klein S. 608 m.w.N.
2) I.d.S. Maunz a.a.O.; Hamann-Lenz a.a.O.; v. Mangoldt-Klein a.a.O. mw.N.; vgl. auch Forsthoff S. 9, 26
3) Vgl. Giese Art. 20 Anm. II 4;
4) Vgl. Müller Der Betrieb 1956, 524 (525); Forsthoff S. 24, 26
5) Vgl. Leibholz-Rinck Art. 20 Rdn. 12; Schmidt-Bleibtreu-Klein a.a.O.; Forsthoff a.a.O.;BVerfGE 8, 274 (329); 21, 87 (91)
6) S.o. S. 25

jeweiligen Beschuldigten Rücksicht genommen[1]. Der Sozialstaatssatz, die Forderung nach Herstellung sozialer Gerechtigkeit, ist daher zwar auch eine Grundlage für die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, aber keine der wichtigsten grundlegenden Normen.

VI. Als Bestandteil des Art. 103 Abs. 1 GG

Die Fürsorgepflicht findet ihre Begründung auch in Art. 103 Abs. 1 GG. Dieser Anspruch auf rechtliches Gehör ist seinerseits wieder ein Ausfluß des Rechtsstaatssatzes, wie bei dessen Behandlung schon ausgeführt wurde, und der Achtungspflicht der Menschenwürde[2]. Die letztliche Begründung des Art. 103 Abs. 1 GG und somit auch der Fürsorgepflicht mit Art. 1 GG macht noch einmal deutlich, daß der Beschuldigte als Untersuchungs-s u b j e k t zu behandeln ist[3].

Die Grundrechtsqualität von Art. 103 Abs. 1 GG ist fast unumstritten[4]. Entscheidender für die Untersuchung der Fürsorgepflicht ist jedoch, daß er als zumindest grundrechtsgleiches Recht einen selbständigen Anspruch verkörpert, der sogar u n m i t t e l b a r in das Gerichtsverfahren eingreift, soweit verfahrensrechtliche Regelungen fehlen[5]. Seine Verletzung kann mit der Verfassungsbeschwerde gem. § 90 BVerfGG gerügt werden, die jedoch bei vorhandenen Verfahrensnormen wie üblich subsidiär ist (vgl. § 90 Abs. 2 BVerfGG). Diese Grundrechtsgarantie gilt allerdings nur für r i c h t e r l i c h e Amtshandlungen, wie aus dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 1 GG hervorgeht: "Vor Gericht".

---

1) Vgl. Peters S. 20
2) Hamann-Lenz Art. 103 Anm. A 1; BVerfGE 7, 275 (279);
3) Vgl. Maunz-Dürig Art. 103 Abs. 1 Rdn. 6; Kleinknecht Einl. 1 F a; Müller-Sax Einl. 12
4) Vgl. Maunz-Dürig a.a.O. Rdn. 8; Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 335 mw.N.
5) Vgl. Maunz-Dürig a.a.O. Rdn. 23; Eb. Schmidt a.a.O. Rdn. 338 m.w.N.; Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B. 7 Anm. 2; Dahs Rechtl. Gehör S. 8

In das staatsanwaltliche oder polizeiliche Ermittlungsverfahren wirkt das rechtliche Gehör aber auch als "verfahrensrechtliches Leitprinzip"[1] mit hinein, so daß z.B. die gesetzlich geregelte Fürsorgepflicht , dem Beschuldigten bei der ersten Vernehmung zu eröffnen, welche Tat ihn zur Last gelegt wird (§ 163 a Abs. 4), im rechtlichen Gehör begründet ist. Nur ist bei einer Fürsorgepflichtverletzung dieses Bereiches kein Verfassungsgerichtsschutz bezüglich des Art. 103 Abs. 1 GG möglich; das rechtliche Gehör hat hier seine Geltung allein aufgrund und im Rahmen der Verfahrensnormen.

Inhaltlich bedeutet der Anspruch auf rechtliches Gehör, daß jedem von einem Gerichtsverfahren unmittelbar Betroffenen, im Strafverfahren also jedem Beschuldigten, die Gelegenheit geboten werden muß, sich zu allen Tat- und Rechtsfragen des Verfahrens rechtzeitig zu äußern und gehört zu werden[2]. Dieser Anspruch umfaßt das Vorbringen von Tatsachen ebenso wie das rechtliche Vorbringen[3], Anträge in jeder Hinsicht, Hinweise für eine weitere Aufklärung, Einführung von Beweismitteln, Stellungnahmen zu Zeugenaussagen und Beweisaufnahmen sowie ein Fragerecht für das gesamte Gerichtsverfahren[4]. Das rechtliche Gehör ist keineswegs nur ein Abwehrrecht[5], sondern verpflichtet das Gericht zu Hinweisen und Fragen zu allen im Prozeß vorgebrachten Erklärungen und Beweismitteln[6].

Die hier vorgebrachte Kennzeichnung des rechtlichen Gehörs entspricht dem Wesen der gerichtlichen Fürsorgepflicht.

---

1) Henkel S. 248
2) I.d.S. Maunz-Dürig Art. 103 Abs. 1 Rdn. 28; Hamann-Lenz Art. 103 Anm. B 1 b
3) Heute grds. anerkannt, vgl. insbesondere Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 345 m.w.N.
4) Vgl. Henkel S. 249, Eb. Schmidt a.a.O. Rdn. 343-345; Müller-Sax Einl. 12 d; Kleinknecht Einl. 1 F c
5) Maunz-Dürig a.a.O. Rdn. 29
6) Allg. Meinung vgl. Hamann-Lenz a.a.O. Anm. B 1 a; Henkel S. 249; Eb. Schmidt a.a.O. Rdn. 344; Peters S. 176, 178; Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B.7 Anm. 3 c

Sie besteht aus ebensolchen Pflichten, den Angeklagten zu befragen und zu belehren sowie verständliche Hinweise zu geben. Dazu kommen noch die Pflichten, die sich aus der Sachleitung bzw. Verhandlungsführung ergeben. Diesem Bereich der Fürsorgepflichten unterfällt es z. B., einen Pflichtverteidiger zu überwachen, der die Interessen seines Mandanten allzu oberflächlich vertritt.

Soweit diese Pflichten beachtet und ausgeführt werden, kann der Angeklagte selbst oder dessen Prozeßvertreter Tatsächliches und Rechtliches ausreichend vorbringen, kann Anträge und Beweismittel rechtzeitig einbringen, Hinweise und Fragen zur weiteren Sachaufklärung anbringen und auf jede relevante Äußerung eines anderen Prozeßbeteiligten eingehen.

Entsprechendes gilt auch im Vorverfahren für die Staatsanwaltschaft und die Kriminalpolizei bei ihrer Ermittlungstatigkeit, da das rechtliche Gehor in etwas anderer Form auch in diesen Bereich hineinwirkt (s.o.).

Auf diese Weise wird durch die strikte Einhaltung der Fürsorgepflicht im Strafverfahren das rechtliche Gehör i.S.d. Art. 103 Abs. 1 GG verwirklicht. Die Fürsorgepflicht deckt sich zwar nicht genau mit dem rechtlichen Gehör, denn die erstere reicht noch weiter und hat noch andere Grundlagen. Doch ist das rechtliche Gehör als eine der wesentlichsten Grundlagen der strafrechtlichen Fürsorgepflicht anzusehen.

VII. Als Auswirkung der Europaischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

Schließlich sind auch noch die Bestimmungen der Menschenrechtskonvention vom 4. 11. 1950 als Grundlage der Fürsorgepflichten zu erwähnen. Diese Konvention ist durch die Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt[1)] zu innerstaatlichem Recht geworden. Sie

1) BGBl II 1952, 686, 953

hat für die Untersuchung der Fürsorgepflichten allerdings nicht die gleiche Bedeutung wie das Grundgesetz.
Von der Konvention kommen hier namentlich die Art. 3 (Ausschluß unmenschlicher Behandlung), Art. 5 (Recht auf Freiheit und Sicherheit) sowie besonders Art. 6, der das Recht auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren festlegt, in Betracht. Diese Vorschriften sind im wesentlichen bereits in den Verfassungsnormen des Grundgesetzes, die bisher erörtert wurden, und ihren Auswirkungen enthalten, jedenfalls soweit sie für die gerichtliche Fürsorgepflicht von Bedeutung sind.

Einige Konkretisierungen ergeben sich aus der Konvention in bezug auf das "r e c h t s s t a a t liche Gerichtsverfahren". So wird dieses Verfahren in Art. 6 MRK - im Gegensatz zum Grundgesetz - a u s d r ü c k l i c h genannt. Weiter ergeben sich die Fürsorgepflichten, die Offentlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten (§§ 171 a, 172 GVG), einen Pflichtverteidiger zu stellen (§ 140) und dem Angeklagten die Befragung der Belastungszeugen zu gestatten direkt aus der Konvention (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c + d)[1]. Allerdings geht der Grundsatz des "rechtsstaatlichen Gerichtsverfahrens" auch zweifelsfrei aus den Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1, 103 und 104 GG hervor[2]. Ebenso verhält es sich mit den anderen hier genannten Pflichten.

In materieller Hinsicht haben die oben angesprochenen Normen der Konvention für die Fürsorgepflicht im Strafverfahren daher bis auf die genannten Ausnahmen nur eine mittelbare Wirkung.

Auch in formeller Hinsicht kann die Konvention bezüglich der Verletzung von Fürsorgepflichten keine weiteren Rechte einräumen als die im ordentlichen Rechtsweg bekannten[3]. Eine Verfassungsbeschwerde gem. § 90 BVerfGG ist für die Normen der Menschenrechtskonvention nicht möglich[4]. Eine Beschwerde nach Art. 26 MRK an die Europäische Kommission für

---

1) Vgl. Maunz-Dürig Art. 1 Rdn. 70, 72
2) S.o. S. 27f; vgl. auch Maunz-Dürig Art. 20, vor Rdn. 58
3) Kleinknecht Änhang A 4 (MRK) § 13 Anm. 1; BGH 20, 68 (70)
4) Überwiegende Meinung, vgl. Müller-Sax Einl. 1 a; Kleinknecht a.a.O. § 13 Anm. 2

Menschenrechte ist auch erst nach Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges zulässig. Selbst wenn aber der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg einen Verstoß einer nationalen Entscheidung gegen Vorschriften der Konvention feststellt, bleibt die angegriffene nationale Entscheidung davon unberührt.[1] Neue Rechtsschutzmöglichkeiten werden durch die Menschenrechtskonvention somit nicht eröffnet.

VIII. Zusammenfassung

Die Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen zeigt, daß sich die Fürsorgepflichten letztlich aus den Vorschriften des Grundgesetzes ergeben, sei es mittelbar über die StPO und das GVG für die gesetzlich festgelegten, sei es unmittelbar für die nicht normierten Fürsorgepflichten.

Im einzelnen ergeben sich - zusammenfassend festgestellt - die Pflichten aus den Art. 1, 2, 3, 10, 11, 13, 20, 28, 103 und 104 GG. Daneben bilden die Art. 3, 5 und 6 MRK weitere Konkretisierungen der für diese Arbeit relevanten verfassungsrechtlichen Grundnormen. Es ist also durchaus gerechtfertigt, die Fürsorgepflicht im Strafverfahren - ebenso wie es der allgemeinen Auffassung von dem gesamten Strafverfahren entspricht - als "angewandtes Verfassungsrecht" zu bezeichnen.

---

1) Müller-Sax Einl. 1 a

3. Kapitel Die Bindung an die Fürsorgepflicht

Nach der Klärung der Rechtsgrundlagen soll hier schon auf die Frage eingegangen werden, wer an die Fürsorgepflicht gebunden ist und wem die Fürsorge gebührt, bevor auf die einzelnen Pflichten abgestellt wird.

Wie eingangs[1] bereits festgestellt wurde, besteht für den gesamten Bereich hoheitlicher Tätigkeit eine hoheitliche Fürsorgepflicht des Staates bzw. seiner Organe, der Beamten und Angestellten. Diese Unterstützung des einzelnen zur Durchsetzung seiner Rechte gilt auch im strafrechtlichen Erkenntnisverfahren, für dessen Bereich die Fürsorgepflicht untersucht werden soll. Die letztgenannte Pflicht trifft also alle Personen, die als Organe der Strafrechtspflege im Vor-, Zwischen- und Hauptverfahren fungieren. Als solche sind zu nennen die Richter einschließlich der Untersuchungs- und Ermittlungsrichter, die Staatsanwälte und die Beamten der Kriminalpolizei als deren Ermittlungsorgane, aber auch die an dieser Stelle weniger interessierenden Rechtspfleger und Urkundsbeamten[2].

Daneben zählen ebenso die Rechtsanwälte als Strafverteidiger zu den Organen der Strafrechtspflege (vgl. § 1 BRAO). Deren Pflicht zur Fürsorge ergibt sich allerdings nicht aus hoheitlicher Tätigkeit, sondern aus dem Dienstvertrag zwischen ihnen und den Mandanten i.V.m. der Rechtsanwaltsordnung (§§ 3, 43 BRAO)[3]. Anderes gilt wiederum für den Pflichtverteidiger, der allein aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung tätig wird (§§ 49, 3, 43 BRAO)[4]. In dieser Arbeit sollen jedoch in erster Linie die Fürsorgepflichten der Richter, daneben aber auch der Staatsanwälte und deren Hilfsbeamten erörtert werden.

---

1) S.o. S. 2
2) Vgl. Kleinknecht Einl. 7 E
3) Vgl. zu dem Vertragsverhältnis zwischen Wahlverteidiger und Mandanten RGZ 158, 130 (134)
4) Vgl. Peters S. 187

Die Fürsorgepflicht schützt in erster Linie die Beschuldigten, auf die sich diese Untersuchung konzentrieren soll. Außerdem haben Zeugen und Verletzte ein Anrecht auf fürsorgliche Behandlung; diesen Personengruppen gegenüber sind die Pflichten jedoch weniger bedeutsam.

Die Fürsorgepflicht gilt unstreitig und im vollen Ausmaß vor allem zugunsten eines solchen Beschuldigten, der rechtsunkundig, unerfahren und unbemittelt ist und dem der Beistand eines Verteidigers fehlt[1]. Gerade ein derartiger Beschuldigter läuft Gefahr, seine ihm zustehenden Befugnisse nicht nutzen zu können und dadurch Schaden zu erleiden.

Unsicher ist der Umfang der Fürsorgepflicht gegenüber einem Beschuldigten, der von einem Rechtsbeistand beraten wird. In der Literatur finden sich z. T. nicht eindeutige Formulierungen, nach denen in diesem Fall die Fürsorgepflicht "zurücktritt"[2]. Sollte damit gemeint sein, daß z. B. ein Richter keinerlei Frage-, Belehrungs- und Hinweispflichten mehr hätte, seine Fürsorgepflichten also gänzlich zurücktreten könnten, müßte dieser Meinung widersprochen werden. Auch ein Angeklagter, dem ein Verteidiger zur Seite steht, kann dadurch, daß ein Richter seine Fürsorgepflichten nicht wahrnimmt, großen Schaden an seinen rechtlichen Belangen erleiden.

Das beste Beispiel dafür, daß auch gegenüber einem Angeklagten mit Rechtsbeistand die Fürsorgepflicht besteht, bietet ein Fall, den der BGH[3] zu verhandeln hatte. Hier hatte ein Angeklagter nach der Urteilsverkundung auf die Frage des Vorsitzenden, ob er das Urteil annehme, sofort auf Rechtsmittel verzichtet. Der hinterher von dem Vorsitzenden nach

---

1) Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 5 Anm. 2 (S. 51); Müller-Sax Einl. 13 I c; Niethammer JZ 53, 472 (473); Alsberg-Nüse S. 403; Kleinknecht Einl. 7E
2) Niethammer a.a.O.; Müller-Sax a.a.O.
3) BGH 19, 101ff.

einer Erklärung befragte Verteidiger resignierte und erklärte, daß er ja nach der Außerung des Angeklagten keinen Einfluß mehr auf den Rechtsmittelverzicht habe. Diese - dem Inhalt nach nicht zutreffende - Erklärung blieb von dem Vorsitzenden unwidersprochen. Auf diese Weise wurde der Rechtsmittelverzicht praktisch unter Ausschaltung des Verteidigers erwirkt.

In diesem Fall hat der Richter seine Fürsorgepflicht vernachlässigt, den Angeklagten aufzufordern, sich zunächst mit seinem Verteidiger eingehend zu beraten und einen vorherigen Rechtsmittelverzicht des Angeklagten als unbeachtlich anzusehen. Darüber hinaus hätte der Vorsitzende auf jeden Fall die Ansicht des Verteidigers korrigieren müssen. Diese Fürsorgepflicht gilt auch gegenüber einem verteidigten Angeklagten um so mehr, je größer die Bedeutung der Tat ist (hier stand ein lebenslanger Freiheitsentzug in Frage). In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof den Fall auch entschieden.

Ein weiteres Beispiel ergibt sich aus einer anderen Entscheidung des BGH[1]. Hier wurde die Fürsorgepflicht des Gerichts bejaht, sogar den Verteidiger im Interesse des Angeklagten zu einer Anderung eines Antrages aufzufordern. Die Fürsorgepflicht darf also auch gegenüber einem verteidigten Angeklagten niemals völlig zurücktreten[2].

Sollten Müller-Sax und Niethammer[3] mit dem "Zurücktreten" der Fürsorgepflicht dagegen meinen, daß fürsorgliche Belehrungen, Hinweise und Fragen im Beisein eines Verteidigers weniger ausführlich gehalten sein können, so wäre dieser Auslegung zuzustimmen. Anderes muß gelten, wenn der Strafverteidiger

---

1) BGH 22, 118 (122)
2) Ähnlich auch Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 5 Anm. 2 (S. 51)
3) Müller-Sax Einl. 13 I c; Niethammer JZ 53, 472 (473)

z. B. offensichtlich irrt, wenn er von falschen Voraussetzungen ausgeht, fehlerhafte Rechtsauffassungen hat und nötige Anträge nicht oder falsch stellt[1]. Nur eine so verstandene Fürsorgepflicht bietet die Gewähr für die Verwirklichung eines rechtsstaatlichen Gerichtsverfahrens.

Grundsätzlich gilt die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren daher auch für Beschuldigte bzw. Angeklagte mit einem Rechtsbeistand[2].

---

1) Wie ausführlich die Fürsorgepflicht gegenüber einem verteidigten Angeklagten sein muß, kann konkret nur nach den Umständen des Einzelfalles entschieden werden. Im Zweifel ist die Fürsorgepflicht jedenfalls auch hier eher weiter als enger zu handhaben.

2) Neben BGH 19, 101 (104), 22, 118 (122) und Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 5 Anm. 2 (S. 51) wohl auch Kleinknecht Einl. 7 B. Offengelassen von Alsberg-Nüse S. 403 und Kern-Roxin S. 213.

2. Teil Darstellung und Problematik der Fürsorgepflichten

4. Kapitel Strafprozessuale Normen, die als Ausgestaltungen der Fürsorgepflicht anzusehen sind

Die Fürsorge des Staates ist im Bereich des Strafverfahrens - wie aus den obigen Erörterungen hervorgeht - nicht nur eine wünschenswerte Grundsatzerklärung, sondern hat konkrete Formen angenommen: In der StPO und im GVG sind wesentliche Fürsorgepflichten bereits normiert.

Diese fürsorglichen Regelungen sind allerdings noch verbesserungsbedürftig, um der Rechtsstaatlichkeit und der Würde des Menschen vollauf gerecht zu werden. Bevor jedoch auf ~~die~~ Verbesserungen eingegangen wird, soll zunächst die bestehende gesetzliche Regelung dargelegt werden, da die nicht normierten Fürsorgepflichten davon zumeist abzuleiten sind. Bei diesem Überblick soll zugleich ersichtlich werden, wieweit der Schutz des Angeklagten durch die gesetzlich geregelten Fürsorgepflichten reicht.

Die normierten Fürsorgepflichten sind sowohl für den Bereich des Vor- und des Zwischenverfahrens als auch für das Hauptverfahren festgelegt. Diese Pflichten sind aus dem rechtsstaatlichen Gefüge der Bundesrepublik Deutschland und dessen verfassungsrechtlicher Garantie nicht mehr wegzudenken.

Die Fürsorgepflichten lassen sich in systematischer Hinsicht nur schwer darstellen, da sie das gesamte Strafverfahren umfassen. Sie werden in dieser Arbeit eingeteilt in Sachleitungs-, Frage- sowie Hinweis- und Belehrungspflichten. Diese Gruppen sind nicht klar gegeneinander abzugrenzen; eine Pflicht der einen ist zumeist auch eine Pflicht der anderen Gruppe. Die Einteilung geschieht daher nur nach Schwerpunkten. Innerhalb dieser Gruppen geht der Verfasser durchweg aus Gründen der Übersichtlichkeit in der Reihenfolge der strafprozessualen Regelung vor.

I. Sachleitungspflichten

Bei den zunächst zu erörternden Sachleitungspflichten ist die "Sachleitung" im weitesten Sinne zu verstehen und sowohl auf richterliche als auch auf staatsanwaltliche und kriminalpolizeiliche Maßnahmen zu erstrecken. Unter dem Begriff "Sachleitung" sind alle Maßnahmen zu verstehen, die nach rechtlichen Kategorien überprüfbar sind, also unzulässig oder sachwidrig und nicht nur unzweckmäßig sein können.[1)]

1.) Wahrheitserforschungspflicht

An der Spitze dieser Gruppe der Fürsorgepflichten soll die wichtigste und vornehmste Pflicht genannt werden, ohne die eine auf einer freiheitlichen Verfassung beruhende Strafverfolgung ihrerseits zum Unrecht würde: die Wahrheitserforschungspflicht. Auf sie weist die StPO innerhalb verschiedener Verfahrensstadien immer wieder hin.

Die hier angesprochene Fürsorgepflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit dient dazu, jedem Beschuldigten Gerechtigkeit im Einzelfall widerfahren zu lassen. Nur wenn der Tatbestand hinsichtlich jeder entscheidungserheblicher Tatsache wahrheitsgemäß aufgeklärt wird, ist ein gerechtes Urteil moglich.

Allerdings kann die Wahrheitserforschungspflicht mit dem Interesse des Beschuldigten insofern kollidieren, als diesem häufig nicht daran gelegen sein wird, daß die von ihm begangene Tat aufgeklärt wird. Gleichwohl ist die genannte Pflicht auch gegenüber einem solchen Beschuldigten "fürsorglich", denn die Fürsorgepflicht zielt nicht darauf ab, ihn der Bestrafung zu entziehen. Sie soll nur sicherstellen, daß jeder Beschuldigte, gleichgültig ob er letztlich der Tat überführt wird oder nicht, entsprechend der ihm zustehenden Rechte behandelt wird. Das heißt aber auch, daß seine Verurteilung, wenn sie erfolgt, nur auf wahrheitsgemäßer Tataufklärung beruhen darf.

1) H.M., vgl. Müller-Sax § 238 Anm. 3; Eb. Schmidt Lehrk. II § 238 Rdn. 6; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 238 Anm. 4 b m.w.N.; Kleinknecht § 238 Anm. 3 B; Kern-Roxin S. 211

Die Erforschung der materiellen Wahrheit obliegt vor allem dem Gericht. Dieses ist schon im vorbereitenden Verfahren nach § 155 Abs. 2 zum Zwecke der Wahrheitserforschung zu einer selbständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet, ohne bei Anwendung des Strafgesetzes an gestellte Anträge gebunden zu sein. Im Zwischenverfahren besteht das Recht und auch die Pflicht[1] des Gerichts, vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zur besseren Aufklärung einzelne Beweiserhebungen oder sogar eine gerichtliche Voruntersuchung bzw. deren Ergänzung anzuordnen (§ 202 Abs. 1).

1) Vgl. Müller-Sax § 202 Anm. 1 a; schon RG 76, 254 (256)

Im Hauptverfahren ist das Gericht nicht an die Beurteilung der Tat, die dem Eröffnungsbeschluß zugrunde liegt, gebunden (§ 264 Abs. 2), sondern muß "zur Erforschung der Wahrheit" von Amts wegen die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel ausdehnen, die für die Entscheidung von Bedeutung sind (§ 244 Abs. 2). Dabei ist alles heranzuziehen, was einen Aufklärungserfolg verspricht, da der Tatrichter in der Auswahl der Mittel, die die Wahrheit zu Tage fördern können, grundsätzlich frei ist. Dieser Grundsatz entspricht dem der freien Beweiswürdigung nach § 261.

Neben der Wahrheitserforschungspflicht des Gerichts kennt die StPO auch die der Staatsanwaltschaft. Diese Pflicht kommt in § 160 Abs. 2 zum Ausdruck, wonach die Staatsanwaltschaft nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung des Beschuldigten dienenden Umstände zu ermitteln hat. Anders als im anglo-amerikanischen Parteiverfahren hat der deutsche Staatsanwalt die Pflicht zur Objektivität. Das hat den Vorteil, daß sich zwei verschiedene Behörden (sogar drei bei Einrechnung der Kriminalpolizei) mit dem gesamten Be-, aber auch Entlastungsmaterial befassen.

Daneben zeigen die StPO und das GVG sehr viele spezielle Ausgestaltungen der Fürsorgepflicht auf, die im folgenden beschrieben werden sollen.

2.) Allgemeine Vorschriften

Bei den allgemeinen Vorschriften handelt es sich um Zwangsmaßnahmen, deren Anwendung der Fürsorgepflicht unterliegt, sowie um Vernehmungsmethoden und Verteidigungsmöglichkeiten.

Zu nennen ist als erstes die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt zur Beobachtung des Geisteszustandes (§ 81). Diese Maßnahme darf nur durch einen Richter für höchstens 6 Wochen angeordnet werden. Zum Schutze der Persönlichkeit des Beschuldigten ist ein Sachverständiger anzuhören und ein Verteidiger zu bestellen. Streng zu beachten ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Die Unterbringung darf nur angeordnet werden, wenn andere Beweismöglichkeiten - insbesondere mehrfache ambulante Beobachtungen - versagen, der Tatverdacht stark und eine nicht nur geringfügige Strafe zu erwarten ist. Im übrigen dient die Unterbringung als solche in hohem Maße dem Interesse des Beschuldigten zur Feststellung seiner Schuldfähigkeit.

Die fürsorgliche Sachleitungspflicht bei der körperlichen Untersuchung gem. § 81 a besteht vor allem hinsichtlich der Vorschrift, daß die Untersuchung nur von einem Arzt nach den Regeln ärztlicher Kunst und ohne einen zu befürchtenden Gesundheitsnachteil vorgenommen werden darf. Dadurch sollen dem Beschuldigten Schmerzen und insbesondere bleibende Gesundheitsschäden erspart werden, die nur bei einem approbierten Arzt weitgehend ausgeschlossen werden können[1]. Zu beachten ist auch bei dieser Zwangsmaßnahme der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zwischen der Schwere des Tatverdachts und der Schwere des Eingriffs[2]. Die Anordnung bleibt dem Richter vorbehalten; nur leichtere Eingriffe dürfen bei Gefahr im Verzug von der Staatsanwaltschaft oder deren Hilfsbeamten angeordnet werden.

Auch die Beschlagnahme, die Telefonüberwachung und die Durchsuchung (§§ 94, 99, 100 a, 102) unterliegen einigen Beschränkungen und Auflagen.

---

1) Vgl. BGH 24, 125 (128)
2) Vgl. BVerfGE 27, 211 (219)

Sie dürfen ebenfalls nur von einem Richter angeordnet werden; nur bei Gefahr im Verzug auch von der Staatsanwaltschaft, die dem Richter die Beschlagnahme anzeigen und ihm die beschlagnahmten Gegenstände aushändigen muß, wenn die öffentliche Klage schon erhoben war (§ 98 Abs. 1 + 3). Besonders zu beachten haben die Strafverfolgungsbehörden das Beschlagnahmeverbot von Beweismitteln, die sich bei Personen befinden, welche das Zeugnis verweigern können (§ 97). Die Beachtung dieses Verbotes ist zugleich eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten. Auf diese Weise soll das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten einerseits und einem Arzt, Pfarrer, Rechtsanwalt oder nahem Verwandten andererseits gewahrt werden. Darin liegt eine unmittelbare Beachtung der Menschenwürde des Beschuldigten.

Die Gültigkeit der staatsanwaltlichen Postbeschlagnahme und der Telefonüberwachung hängt von der Bestätigung durch den Richter ab (§§ 100 Abs. 2, 100 b Abs. 1). Außerdem besteht eine grundsätzliche Mitteilungspflicht an den Beschuldigten. Briefe und Telefonaufzeichnungen, die nicht oder nicht mehr für die Strafverfolgung erforderlich sind, müssen an den Beschuldigten abgeliefert bzw. vernichtet werden (§§ 101 Abs. 1 + 2, 100 b Abs. 5).

Bei der "Haussuchung" ist darauf zu achten, daß diese bis auf Ausnahmen nicht bei Nacht durchgeführt wird (§ 104) und ihre Anordnung außer bei Gefahr im Verzug nur dem Richter zusteht (§ 105). Daneben soll der Inhaber der zu durchsuchenden Räume bzw. in dessen Abwesenheit möglichst ein ihm nahestehender Zeuge der Durchsuchung beiwohnen (§ 106). Auch hier gilt die nachträgliche Mitteilungspflicht gem. § 107.

Darüber hinaus muß bei der Durchführung derartiger Zwangsmaßnahmen bereits ein konkretisierter Verdacht vorliegen; es müssen also zumindest erste Anhaltspunkte für eine Straftat gegeben sein. Auch sind zunächst andere Beweismöglichkeiten auszuschöpfen. Nur bei Beachtung dieser Fürsorgepflichten

werden die Rechte des Beschuldigten, die ihm verfassungsmäßig zustehen (Art. 13 Abs. 2 GG), gewahrt.

Viele fürsorgliche Sachleitungspflichten gegenüber dem Beschuldigten treffen das Gericht besonders im Haftrecht. Zunächst sind die durch dem Strafprozeßänderungsgesetz von 1964 verschärften Haftgründe zu nennen, die zusammen mit dem dringenden Tatverdacht in diesem Zusammenhang von Bedeutung sind (§§ 112, 113). Sie wirken einer vorschnellen Verhaftung des Beschuldigten entgegen. Ausdrücklich wird bei diesen Vorschriften auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hingewiesen; Die Untersuchungshaft darf nach § 112 Abs. 1 Satz 2 nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Schwere der Tat außer Verhältnis steht. Außerdem ist ein bereits ergangener Haftbefehl aufzuheben, sobald die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen oder sich ergibt, daß die Untersuchungshaft außer Verhältnis zur Tatbegehung steht (§ 120 Abs. 1). Ferner besagt dieser Grundsatz, daß der Vollzug der nur durch Fluchtverdacht begründeten Untersuchungshaft auszusetzen ist, wenn weniger einschneidende Maßnahmen genügen (§ 116). Dies gilt nach einer Entscheidung des BVerfG[1] auch für die Haftgründe nach § 112 Abs. 3 (bei Tötungsdelikten), die verfahrenssichernden Zwecken dienen.

Des weiteren darf die Untersuchungshaft gem. § 114 nur aufgrund eines schriftlichen Haftbefehls eines Richters erlassen werden. Der Beschuldigte ist nach seiner Ergreifung unverzüglich dem zuständigen oder wenigstens dem nächsten Amtsrichter vorzuführen (§§ 115 Abs. 1 + 2, 115 a Abs. 1) bzw. dem Amtsrichter, in dessen Bezirk er gem. § 127 vorläufig festgenommen wurde (§ 128).

Die für die Fürsorgepflicht wichtigsten Vorschriften des Haftrechts stellen jedoch §§ 117 und 121 dar. Es handelt

---

1) BVerfGE 19, 342

sich hierbei einmal um die Haftprüfung, die nach drei Monaten Untersuchungshaft von Amts wegen durchgeführt wird (§ 117 Abs. 5), soweit der Beschuldigte noch keinen Verteidiger hat und noch keine Haftprüfung beantragt bzw. Haftbeschwerde eingelegt hat. Zum anderen dreht es sich um die Haftkontrolle gem. § 121. Danach ist die Untersuchungshaft grundsätzlich nach spätestens 6 Monaten aufzuheben. Nur in Ausnahmefällen kann das Oberlandesgericht als Haftprüfungsgericht die Untersuchungshaft verlängern, wenn besondere Schwierigkeiten oder der besondere Umfang der Ermittlungen die Verlängerung rechtfertigen.

Schließlich ist auch die Trennung der Untersuchungsgefangenen von den Strafgefangenen sowie die Begrenzung der Haftbeschränkungen auf den Zweck der Untersuchungshaft und die Ordnung in der Vollzugsanstalt in § 119 niedergelegt.[1)]

Die grundsätzliche Beschränkung der Anordnungsbefugnis für alle Zwangsmaßnahmen auf einen Richter soll einem Mißbrauch vorbeugen. Der Richter bietet durch seine persönlich und sachlich unabhängige Stellung die Gewähr für den Schutz des Beschuldigten und die Wahrung der ihm zustehenden Rechte vor einem Eingriff von Staatsorganen in diese Rechte im Interesse einer vermeintlichen Wahrheitsfindung. Die hier angesprochenen Zwangsmöglichkeiten, besonders die sehr tiefgreifenden Eingriffe in die Körperintegrität und persönliche Freiheit, sind also weitgehend mit Vorschriften abgesichert, die die beteiligten Strafverfolgungsorgane zur Fürsorge gegenüber dem Beschuldigten verpflichten.

Allgemeine sachleitende Fürsorgepflichten finden sich daneben noch bei der "Vernehmung" und der "Verteidigung". Die weitaus überragende und in der Offentlichkeit wohl bekannteste Prozeßnorm der ersten Gruppe ist § 136 a ("Verbotene Vernehmungsmethoden"). Diese Norm verpflichtet die vernehmenden Beamten dazu, die Freiheit der Willensentschließung und der

1) Insoweit sind schon jetzt auch für die U-Haft die Vorschriften des Entwurfs eines Strafvollzugsgesetzes relevant, vgl. etwa §§ 10,11,17-19,23-34,59-63 des RegE (= §§ 10-12,57,98-100,108-118)AE); die Vorschriften wurden dem "Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes" (1973) entnommen.

Willensbetätigung sowie das Erinnerungsvermögen des Beschuldigten nicht zu beeinträchtigen. Damit sind Vernehmungsmethoden wie Mißhandlungen, Ermüdung, körperliche Eingriffe, Verabreichungen von Mitteln, Quälerei, Täuschungen, Hypnose, Drohungen und Versprechen ungesetzlicher Vorteile ausnahmslos und zwingend verboten.

Eine weitere Fürsorgepflicht besteht darin, bei der Vernehmung auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten einzugehen. Dies gilt für die erste richterliche Vernehmung (§ 136 Abs. 3), aber auch schon für die staatsanwaltliche und polizeiliche Vernehmung (§§ 160 Abs. 3, 163 a Abs. 3 + 4). Die "persönlichen Verhältnisse" umfassen nicht so sehr die Personalien, sondern mehr alle Lebensumstände, die für die Beurteilung der Verantwortlichkeit, die Strafbemessung und für Maßregeln von Bedeutung sind; dazu zählen z. B. Werdegang, finanzielle Verhältnisse, Familienverhältnisse und Umwelteinflüsse[1]. Die Ermittlung der sozialen Stellung ist - zusammen mit der Straffrage - von großer Wichtigkeit für die Resozialisierung des Täters.

Bei der "Verteidigung" besteht eine Sachleitungspflicht zur Bestellung eines Pflichtverteidigers. Diese Bestellung ist nach § 141 Abs. 1 obligatorisch, wenn ein Fall notwendiger Verteidigung (§ 140 Abs. 1) vorliegt und der Angeschuldigte noch keinen Verteidiger hat. Den Vorsitzenden trifft diese Pflicht, sobald der Angeschuldigte zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert wird bzw. sofort, wenn sich die Notwendigkeit der Verteidigung später zeigt. Ergibt sie sich schon im Vorverfahren, ist die Bestellung auf Antrag der Staatsanwaltschaft bereits dort durchzuführen.

---

1) Löwe-Rosenberg-Sarstedt § 136 Anm. 12 b; Eb. Schmidt Lehrk. II § 160 Rdn. 4; Peters S. 460f.; BGH NJW 51, 450

Außer in den in § 140 Abs. 1 enumerativ aufgezählten Fällen notwendiger Verteidigung hat der Vorsitzende nach Abs. 2 auch dann einen Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn dessen Mitwirkung wegen der Schwere der Tat, Schwierigkeiten der Sach- oder Rechtslage oder der Unfähigkeit des Beschuldigten, sich zu verteidigen, geboten erscheint. Wegen der seit dem StPÄG von 1964 erweiterten Regelung des Abs. 1, nach der besonders alle Strafkammersachen einen Verteidiger notwendig machen, erstreckt sich Abs. 2 nur noch auf Amtsgerichtssachen. Gleichwohl ist diese Vorschrift für die Fürsorgepflicht nicht ohne Bedeutung. Sie ist im Interesse der Würde des Angeschuldigten, der Rechtsstaatlichkeit und einer fairen Verhandlungsführung weit auszulegen, um dem Angeschuldigten das Gefühl zu nehmen, "überfahren" zu werden.

3.) Vor- und Zwischenverfahren

Wird in die Freiheitssphäre des Beschuldigten durch Zwangsmaßnahmen und die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen hinreichenden Tatverdachts (§ 203) eingegriffen, bestimmt § 155 Abs. 1, daß sich die Untersuchung und Entscheidung nur auf die in der Klage bezeichnete Tat (und die dort bezeichnete Person) erstrecken darf. Diese begrenzende Funktion des Strafvorwurfs soll verhindern, daß sich der Angeschuldigte plötzlich einem anderen Schuldvorwurf ausgesetzt sieht, gegen den er seine Verteidigung nicht einrichten konnte.

Entsprechend dieser fürsorglichen und rechtsstaatlichen Regelung des Vorverfahrens darf sich auch die Urteilsfindung nur auf die in der Anklage bezeichnete Tat beziehen, wie sie sich nach dem Verhandlungsergebnis darstellt (§ 264 Abs. 1). Zwar kann die Staatsanwaltschaft die Anklage für dasselbe Verfahren auf weitere Straftaten erstrecken, jedoch muß dazu der Angeklagte immer zustimmen (§ 266 Abs. 1).

Weitere Fürsorgepflichten der Strafverfolgungsorgane sind in § 163 a Abs. 1 + 2, einer Bestimmung des rechtlichen Gehörs im Vorverfahren, enthalten. Nach Abs. 1 ist der

Beschuldigte spätestens vor dem Abschluß der Ermittlungen zu vernehmen oder aufzufordern, sich schriftlich zu äußern. Dadurch soll ihm die Reichweite des Tatverdachts nahegebracht werden und er zugleich Gelegenheit haben, schon vor einem Hauptverfahren mögliches Entlastungsmaterial vorzubringen. Letzteres wird durch Abs. 2 konkretisiert, wonach Beweise, die von Bedeutung sind, auf Antrag erhoben werden müssen.

Daneben sind in diesem Verfahrensstadium Fürsorgepflichten zu beachten, die die Sicherung von Beweismaterial zum Ziele haben. § 166 Abs. 1 verpflichtet einen vernehmenden Richter, von sich aus ohne Einschaltung der Staatsanwaltschaft Beweise zu sichern, wenn ihr Verlust zu befürchten ist oder sie die Freilassung des Beschuldigten bewirken können. Ebenso verpflichtet wird der Vorsitzende des eröffnenden Gerichts, wenn der Eröffnung des Hauptverfahrens ein in der Person des Angeschuldigten liegendes Hindernis entgegensteht (§ 205).

4.) Hauptverfahren

Im Hauptverfahren obliegen dem Gericht sehr wesentliche sachleitende Fürsorgepflichten mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs. Dieses beschränkt sich nicht nur auf ein "Redenlassen" und ein "Anhören", sondern umfaßt den Anspruch, daß das Gericht von dem Gehörten Kenntnis nimmt und es auch würdigt[1], also einen rechtlichen Bescheid gibt[2]. Das Gericht muß von dem Beschuldigten eine sachliche Äußerung erreichen und diese mit ihm besprechen[3], damit der Angeklagte seine Subjektstellung ausnutzen und Einfluß auf das Verfahren nehmen kann.

---

1) Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 Anm. 7 d; BVerfGE 21, 46 (48); BGH 22, 336 (339)
2) Vgl. Arndt NJW 59, 6
3) Vgl. Schorn Fürsorgepflicht MDR 66, 639; Müller-Sax Einl. 12 e

Das i.d.S. zu verstehende rechtliche Gehör ist in verschiedenen Bestimmungen der StPO niedergelegt. Nach § 33 durfen alle Entscheidungen, soweit sie in der Hauptverhandlung ergehen, nur nach Anhörung des Angeklagten erlassen werden. Auch wenn sie außerhalb der Hauptverhandlung ergehen, dürfen für den Beschuldigten nachteilige Beweisergebnisse nur nach seiner Anhörung verwertet werden (Abs. 3). Entsprechendes gilt gem. § 33 a für Beschlüsse, gegen die dem Beschuldigten keine Rechtsbehelfe zustehen. Diese Vorschriften umschreiben die Fürsorgepflicht des Richters, jeder die Interessen des Angeklagten berührenden Entscheidung nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrundezulegen, zu denen er sich äußern kann - wie es der ständigen Rspr. des BVerfG[1] zu Art. 103 Abs. 1 GG entspricht.

Eine weitere Bestimmung schreibt vor, daß eine Hauptverhandlung nur in Gegenwart des Angeklagten stattzufinden habe (§ 230 Abs. 1). Dieser darf sich grundsätzlich auch nicht aus der Hauptverhandlung entfernen (§ 231 Abs. 1).

In bestimmten Ausnahmefällen kann die Verhandlung gleichwohl während seiner Abwesenheit durchgeführt bzw. fortgesetzt werden. Das ist - abgesehen von der Durchführung der Hauptverhandlung trotz Ausbleibens und der Entbindung des Angeklagten von der Pflicht zum Erscheinen nach §§ 232, 233 - der Fall, wenn sich der erschienene Angeklagte aus der Verhandlung entfernt (§ 231 Abs. 2), wenn er sich in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt (§ 231 a) oder wegen ordnungswidrigen Benehmens aus dem Sitzungszimmer entfernt wird (§ 231 b). Hierbei besteht die Fürsorgepflicht des Gerichts, darauf zu achten, daß die Wahrheitserforschung darunter nicht leidet. So muß der Angeklagte jeweils über die Anklage schon vernommen worden sein (§ 231 Abs. 2), nach Eröffnung des Hauptverfahrens Gelegenheit gehabt haben, sich vor einem Gericht oder einem beauftragten Richter zu der Anklage zu äußern (§ 231 a Abs. 1 S. 2) oder Gelegenheit haben, sich zur Anklage zu äußern (§ 231 b Abs. 1 S. 2). Das Gericht darf ferner die Anwesenheit des Angeklagten nicht für unerläßlich halten. Schließlich ist im Falle des § 231 a dem abwesenden Angeklagten ein Verteidiger zu bestellen und in den Fällen der §§ 231 a und 231 b der wieder anwesende Angeklagte von dem wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was

1) Letzte Entscheidung BVerfGE 26, 37 (40)

in seiner Abwesenheit verhandelt worden ist.

Weiterhin hat der Vorsitzende dem Angeklagten in der Hauptverhandlung zu gestatten, Fragen zu stellen (§ 240 Abs. 2). Gem. § 243 ist der Angeklagte über seine persönlichen Verhältnisse (Abs. 2) und zur Sache (Abs. 4) anzuhören. Im Interesse der Wahrheitsfindung und einer wirksamen Verteidigung kann nach § 245 Satz 3 von einzelnen Beweiserhebungen nur mit Einverständnis des Angeklagten abgesehen werden. Wird der Angeklagte einmal zwangsweise aus dem Sitzungssaal entfernt, besteht die Fürsorgepflicht des Vorsitzenden darin, den Angeklagten bei Wiederzulassung vor jeder weiteren Verfahrenshandlung von dem wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was während der Abwesenheit ausgesagt oder verhandelt worden ist (§ 247), unabhängig davon, ob der Inhalt der Aussage etwas Neues ergeben hat[1]. Diese Unterrichtung muß so vollständig sein, daß der Angeklagte das, was sich während seiner Abwesenheit vollzogen hat, für seine Verteidigung verwerten kann[2]. § 248 schreibt vor, daß sich Zeugen und Sachverständige nur entfernen dürfen, wenn der Angeklagte vorher gehört worden ist. Ferner erhält der Angeklagte nach dem Schluß der Beweisaufnahme zu seinen Ausführungen und Anträgen das letzte Wort (§ 258 Abs. 1). Außerdem gebührt ihm das letzte Wort (§ 258 Abs. 2), damit er jede Verteidigungsmöglichkeit nutzen kann. Eine wichtige gesetzlich geregelte Fürsorgepflicht des rechtlichen Gehörs stellt auch § 265 Abs. 4 dar. Sie verpflichtet das Gericht auf Antrag, aber auch von Amts wegen die Hauptverhandlung auszusetzen, falls dies wegen der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Verteidigung angemessen erscheint. Dies wird besonders akut, wenn der Verteidiger aus irgendeinem Grunde in der Hauptverhandlung ausbleibt und dem Angeklagten eine Verhandlung ohne Verteidiger nicht zugemutet werden kann[3], bzw. bei einem Verteidigerwechsel, wo dem neuen Verteidiger offenbar ausreichende Vorbereitungszeit fehlt.

Außer den Fürsorgepflichten, die der Gewährung des rechtlichen Gehörs entspringen, bestehen auch für die Hauptverhandlung weitere gesetzlich geregelte Fürsorgepflichten sachleitender Art. So muß der Vorsitzende bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung dem Aussetzungsbegehren des Angeklagten entsprechen, wenn die Einwochenfrist

1) BGH 1, 346
2) Vgl. Schorn Strafrichter S. 231
3) Vgl. OLG Celle NJW 65, 2264

zwischen der Zustellung der Ladung und dem Tag der Hauptverhandlung nicht gewahrt ist (§ 217). Eine Beweiserhebung darf vom Gericht nicht deshalb abgelehnt werden, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache von dem Angeklagten zu spät vorgebracht worden ist (§ 246 Abs. 1). Nach § 246 Abs. 2 + 3 kann der Angeklagte auch die Aussetzung der Hauptverhandlung zum Zwecke der Erkündigung beantragen, wenn Zeugen, Sachverständige oder zu beweisende Tatsachen von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht so spät namhaft gemacht worden sind, daß die zur Erkundigung erforderliche Zeit gefehlt hat. Neben dem bereits dargestellten Zustimmungserfordernis[1] des Angeklagten zu einer Nachtragsklage muß der Vorsitzende dem Angeklagten Gelegenheit geben, sich zu verteidigen (§ 266 Abs. 2). Auch hat der Vorsitzende mit Rücksicht auf die veränderte Sachlage die Pflicht, die Verhandlung zu unterbrechen, soweit dies notwendig ist, ohne auf den Unterbrechungsantrag des Angeklagten zu warten (§ 266 Abs. 3). Soweit sich der Angeklagte in Untersuchungshaft befindet, muß sich das Gericht bei der Urteilsfällung auch damit befassen und über die Fortdauer der Untersuchungshaft oder der einstweiligen Unterbringung zu entscheiden (§ 268 b). Falls ein Verfahren gegen einen abwesenden Angeklagten eingeleitet wird, hat es die Aufgabe, die belastenden und entlastenden Beweise für den Fall der künftigen Gestellung des Abwesenden zu sichern (§ 285).

Außerhalb der StPO finden sich ebenfalls noch weitere sachleitende Fürsorgepflichten. Es handelt sich hierbei um Vorschriften, die mit der Offentlichkeit der Hauptverhandlung zusammenhängen. § 169 Satz 1 GVG schreibt grundsätzlich vor, daß die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse öffentlich ist. Die Überwachungsfunktion durch die Offentlichkeit, besonders durch eine (faire !) Berichterstattung der Presse, hebt die Verantwortung der am Verfahren beteiligten Organe. Sie sichert die Rechtsstaatlichkeit und Justizförmigkeit der Strafgerichte und verhindert sachfremden Einfluß auf das Urteil,

---

1) Vgl. S. 49

sofern sie etwa Vorgänge aus dem politischen Lebensbereich des Volkes betreffen.[1)]

Andererseits muß die Fürsorgepflicht des Gerichts häufig gerade darin bestehen, die Offentlichkeit wegen der Beeinträchtigung des schutzbedürftigen Interesses des Angeklagten auszuschließen. Dies gilt obligatorisch allerdings nur im Verfahren gegen Jugendliche gem. § 48 JGG. Fakultativ ist die Offentlichkeit jedoch auch auszuschließen, wenn dies im Interesse der Erziehung eines angeklagten Heranwachsenden geboten ist (§ 109 Abs. 1 JGG). Ferner kann es gem. § 171 a GVG die Fürsorgepflicht erfordern, die Offentlichkeit auszuschließen, wenn die Hauptverhandlung die Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt zum Inhalt hat. Der Ausschließungsgrund des § 172 GVG (wegen Gefährdung der Staatssicherheit der öffentlichen Ordnung, der Sittlichkeit oder eines wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses) dient dagegen dem Angeklagten nur insofern, als die Wahrheitsfindung gesichert wird oder eines seiner Geschäftsgeheimnisse gefährdet würde. Die fakultativen Ausschließungspflichten ergeben sich dabei letztlich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[2)].

Da der Offentlichkeitsgrundsatz nicht unbeschränkt gilt, ist in § 169 Satz 2 GVG die fürsorgliche Regelung aufgenommen worden, daß Ton-, Film- und Fernsehaufnahmen zum Zwecke der Veröffentlichung verboten sind. Durch dieses Verbot wird verhindert, daß der Angeklagte zu einem reinen Schauobjekt herabgewürdigt und in sein Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird.

5.) Rechtsmittel, Strafvollstreckung und Kosten

Die sachleitende Fürsorge gegenüber dem Angeklagten hat weiter in § 300 ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden. Ein Irrtum in der Bezeichnung des zulässigen Rechtsmittels ist hiernach unschädlich. Im Zweifel ist jede Rechtsmittelerklärung in einem

1) Vgl. BGH 9, 280 (282); s.o. S. 12
2) BGH 23, 82 (83)

für den Rechtsmittelführer günstigen Sinn auszulegen[1]. Diese Pflicht des Gerichts gilt für alle Rechtsbehelfe[2].

Eine Fürsorgepflicht im Rechtsmittelverfahren ist auch in der nachträglichen Anhörung gem. § 311 a zu sehen. Sie verpflichtet das Beschwerdegericht, zu seiner Entscheidung auf Antrag oder von Amts wegen den Beschwerdegegner anzuhören, falls er nicht vorher gehört wurde, die Entscheidung nicht angefochten werden kann und der Nachteil fortbesteht.

Eine weitere Sachleitungspflicht besteht in der nachträglichen Gesamtstrafenbildung (§ 460), falls jemand durch verschiedene rechtskräftige Urteile ohne Zuerkennung einer Gesamtstrafe i.S.d. § 55 StGB verurteilt worden ist. Dem Täter sollen dadurch die in §§ 53ff. StGB vorgesehenen Vorteile der Strafbemessung gesichert werden. Wären die einzelnen Straftaten schon zusammen abgeurteilt worden, hätten die verhängten Freiheitsstrafen zu einer Gesamtstrafe verkürzt werden müssen.

Schließlich ist auch die Kostenregelung bei Freisprechung, Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens und Einstellung (§ 467) eine wichtige Fürsorgepflicht: Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten sind der Staatskasse aufzuerlegen, wenn nicht der Angeschuldigte schuldhaft zu dem Verfahren beigetragen hat (z. B. durch schuldhafte Säumnis, falsche Aussagen u.ä., vgl. § 467 Abs. 2 - 4). Diese Regelung ist 1968 durch das EGOWiG sehr verbessert worden und gilt seither auch für Freisprüche mangels Beweises.

II. Fragepflichten

Die fürsorglichen Fragepflichten sind nur an wenigen Stellen der StPO ausdrücklich geregelt. Sie verpflichten nur in der Hauptverhandlung zu bestimmten Fragen. Im einzelnen besteht

---

1) Vgl. BayObLG 51, 367 (369); Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 300 Anm. 1 a

2) Allg. Ansicht, vgl. Müller-Sax § 300 Anm. 5 m.w.N.; Eb.Schmidt Lehrk. II § 300 Rdn. 6

Im einzelnen besteht eine Fragepflicht gem. §233 Abs. 2 Satz 2, soweit der Angeklagte von der Erscheinungspflicht in der Hauptverhandlung entbunden worden ist. In diesem Fall ist der beauftragte oder ersuchte Richter verpflichtet, den Angeklagten bei der Vernehmung und der Belehrung über die in seiner Abwesenheit zulässigen Strafen und Maßnahmen zu befragen, ob er seinen Antrag auf Befreiung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung aufrechterhalte. Dem Angeklagten wird damit die Möglichkeit geboten, angesichts der möglichen Strafen den Verzicht auf das rechtliche Gehör in der Hauptverhandlung ohne weiteres zurückzunehmen.

Nach jeder Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitangeklagten und nach jeder Verlesung eines Schriftstückes ist der Angeklagte zu befragen, ob er etwas zu erklären habe (§ 257). Diese wichtige Fragepflicht bedeutet eine wesentliche Konkretisierung der Gewährung des rechtlichen Gehors, das dem Angeklagten zusteht.

Eine weitere Fürsorgepflicht ergibt sich aus § 258 Abs. 3. Nach dieser Vorschrift besteht eine Pflicht des Vorsitzenden , den Angeklagten, auch wenn ein Verteidiger den Schlußvortrag für ihn gehalten hat, zu befragen, ob er selbst noch etwas zu seiner Verteidigung vorzubringen habe.

Ferner beinhaltet § 265 a weitere Fragepflichten, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspringen. Kommen bei einer möglichen Strafaussetzung zur Bewährung Auflagen oder Weisungen i.S.d. §§ 56 b, 56 c, 59 a Abs. 2 StGB in Betracht, ist der Angeklagte zu befragen, ob er sich zu eigenen Leistungen erbietet, welche der Genugtuung für das begangene Unrecht dienen, oder ob er Zusagen für seine kunftige Lebensführung macht (Satz 1). Wenn die Weisung in Frage kommt, sich einer Heilbehandlung oder einer Entziehungskur zu unterziehen oder sich in ein Heim oder eine Anstalt zu begeben, muß der Angeklagte nach seiner Einwilligung befragt werden (Satz 2).

III. Hinweis- und Belehrungspflichten

Auch die Fürsorgepflichten, die in Belehrungen und belehrenden Hinweisen bestehen, sind z. T. schon ausdrücklich normiert und lassen sich in der gesamten StPO für alle Stadien des Strafverfahrens finden. Bei dieser Pflichtengruppe zeigt sich besonders die Achtung vor der freien Entschließung eines Menschen. Der Beschuldigte wird auf die ihm zustehenden Rechte aufmerksam gemacht, um diese dann nach eigenem Willen durchsetzen zu können. Hierbei wird die Subjektstellung des Beschuldigten in besonderem Maße offenbar.

1.) Allgemeine Vorschriften

Bei den allgemeinen Vorschriften handelt es sich vor allem um Hinweispflichten, die bei der Anwendung von Zwangsmaßnahmen und bei der Vernehmung zu beachten sind. Zuvor ist jedoch die obligatorische Rechtsmittelbelehrung gem. § 35 a zu nennen. Der Betroffene ist danach von dem Gericht bei der Bekanntgabe jeder Entscheidung, die durch ein befristetes Rechtsmittel - Berufung, Revision, sofortige Beschwerde - angefochten werden kann, über die Anfechtung zu belehren. Es genügt nicht ein allgemeiner Hinweis; der Betroffene muß vielmehr in umfassender Weise auf alle Anfechtungsmöglichkeiten, über die Frist, die Form und sogar die Einlegungsstelle aufgeklärt werden, und zwar i.d.R. schriftlich (vgl. § 35; Nr. 140 RiStBV). Dies gilt unabhängig davon, ob dem Betroffenen ein Anwalt zur Seite steht oder nicht[1].

Für die Zwangsmaßnahmen der Postbeschlagnahme und der Fernmeldeüberwachung besteht eine Hinweispflicht in der Benachrichtigung von den getroffenen Maßregeln, sobald keine Gefährdung des Untersuchungszweckes mehr besteht (§ 101). In der Benachrichtigung liegt gleichzeitig die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs, welche bei Maßnahmen i.S.d.

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Dünnebier § 35 a Anm. 2; Müller-Sax § 35 a Anm. 3

§ 101 aufgeschoben werden kann (§ 33 Abs. 4), aber nachzuholen ist[1].

Besonders wichtig und daher besonders betont ist die Belehrungspflicht des Richters im Haftrecht. Hier muß zunächst beachtet werden, daß dem Beschuldigten bei der Verhaftung der schriftlich abgefaßte Haftbefehl bekanntgegeben werden muß (§ 114 a). Ist dies nicht möglich, muß dem Beschuldigten wenigstens vorläufig mitgeteilt werden, welcher Tat er verdächtig ist; die Bekanntgabe des Haftbefehls ist in diesem Fall unverzüglich nachzuholen. Eine weitere Fürsorgepflicht des Richters besteht in der unverzüglichen Benachrichtigung eines Angehörigen oder einer Vertrauensperson des Verhafteten (§ 114 b Abs. 1). Außerdem ist der Verhaftete darauf hinzuweisen, daß er selbst Gelegenheit zur Benachrichtigung eines Angehörigen habe (Abs. 2).

Nach § 115 Abs. 3 besteht für den Richter ferner die Verpflichtung, den verhafteten Beschuldigten bei der Vorführung auf sein Recht hinzuweisen, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen, sowie darauf, daß er Gelegenheit habe, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften. Wird nach dieser Vernehmung die Haft aufrechterhalten, ist der Beschuldigte gem. § 115 Abs. 4 über das Recht der Beschwerde und die anderen Rechtsbehelfe, also die Haftprüfung nach §§ 117 Abs. 1 + 2, 118 Abs. 1 + 2, zu belehren. Wenn der Beschuldigte nicht spätestens am Tage nach der Ergreifung vor den z u s t ä n d i g e n Richter gebracht werden kann, ist er gem. § 115 a Abs. 3 bei der Vorführung vor dem n ä c h s t e n Amtsrichter, sofern er nicht freigelassen wird, auf sein Recht hinzuweisen, dem zuständigen Richter zugeführt zu werden.

Außerdem ist er wie im Falle des § 115 Abs. 4 (s.o.) zu belehren. Gem. § 117 Abs. 4 ist der Beschuldigte auch über sein Antragsrecht zu belehren, ihm für die Dauer der

---

1) Vgl. BVerfGE 18, 604

Untersuchungshaft einen (Pflicht-)Verteidiger zu bestellen, falls deren Vollzug schon mindestens drei Monate gedauert hat. Schließlich muß im Revisionsverfahren der Angeklagte, der sich nicht auf freiem Fuß befindet, keinen Verteidiger gewählt hat und nicht zur Hauptverhandlung vorgeführt wird, auf sein Recht hingewiesen werden, die Bestellung eines Verteidigers für die Hauptverhandlung zu beantragen, wenn er zur Hauptverhandlung geladen wird (§ 350 Abs. 3).

Bei der ersten r i c h t e r l i c h e n Vernehmung ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder zu schweigen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu Rate zu ziehen (§ 136 Abs. 1). In geeigneten Fällen muß der Richter den Beschuldigten ebenfalls darauf hinweisen, daß er sich schriftlich äußern könne (Abs. 1 Satz 3).

2.) Vor- und Zwischenverfahren

Auch im Vorverfahren bei der Vernehmung durch einen Staatsanwalt oder einen Beamten der Kriminalpolizei ist die in § 136 Abs. 1 für die erste richterliche Vernehmung bestehende Hinweispflicht zu beachten (§ 163 a Abs. 3 + 4). Eine weitere Hinweis- und Belehrungspflicht besteht, wenn der Staatsanwalt das Verfahren einstellt. Dann ist er verpflichtet, den Beschuldigten davon in Kenntnis zu setzen, falls dieser als solcher vernommen worden ist, ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war, er um einen Bescheid gebeten oder ein besonderes Interesse daran hat (§ 170 Abs. 2).

Im Zwischenverfahren hat der Vorsitzende des Gerichts die Pflicht, dem Angeschuldigten die Anklageschrift mitzuteilen. Zugleich muß er ihn zu einer Erklärung auffordern, ob er weitere Beweiserhebungen beantragen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen wolle (§ 201 Abs. 1 Satz 1). Außerdem ist er verpflichtet, den Angeschuldigten auf sein Recht hinzuweisen, eine Voruntersuchung zu beantragen (§ 201 Abs. 1 Satz 2).

3.) Hauptverfahren

Innerhalb der Hauptverhandlung ist zunächst § 228 Abs. 3 zu nennen. Hiernach soll der Vorsitzende, sofern die Frist von einer Woche zwischen der Zustellung der Ladung und dem Tage der Hauptverhandlung nicht gewahrt ist (§ 217 Abs. 1), den Angeklagten über die Befugnis belehren, die Aussetzung der Hauptverhandlung zu verlangen.

Wird der Angeklagte von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden, ist er von dem ersuchten oder beauftragten Richter bei der Vernehmung über die Anklage über die in seiner Abwesenheit zulässigen Strafen und Maßnahmen zu belehren (§ 233 Abs. 2). Hat die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten stattgefunden (§ 232), muß er bei der Zustellung des Urteils darüber belehrt werden, daß er gegen das Urteil die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen kann (§ 235).

Sobald der Angeklagte in der Hauptverhandlung zur Sache vernommen werden soll, ist er gem. § 243 Abs. 4 erneut und unabhängig von vorherigen Belehrungen genau wie bei der ersten

richterlichen Vernehmung nach § 136 Abs. 1 darauf hinzuweisen, daß es ihm freistehe, sich zu der Anklage zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen.

Eine ebenso wichtige Hinweispflicht des Vorsitzenden des Gerichts besteht in dem Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes der Tat (§ 265). Nach Abs. 1 muß der Angeklagte auf diese Veränderung hingewiesen werden, wenn er aufgrund eines anderen als des in dem Eröffnungsbeschluß angeführten Strafgesetzes verurteilt werden soll. Diese Belehrung ist nach Abs. 2 auch erforderlich, wenn sich erst in der Verhandlung besondere, vom Strafgesetz vorgesehene Umstände ergeben, welche eine Erhöhung der Strafbarkeit oder die Anordnung einer Maßregel mit sich bringen. Der Angeklagte wird insbesondere durch diese Vorschrift vor Überraschungen geschützt und kann sich gegenüber allen Änderungen der rechtlichen Auffassung des Gerichts zureichend verteidigen.

§ 266 Abs. 3 verpflichtet den Vorsitzenden, den Angeklagten darauf hinzuweisen, daß er eine Unterbrechung der Hauptverhandlung beantragen können, wenn er seine Verteidigung gegen eine Nachtragsanklage nicht genügend vorbereiten konnte. Voraussetzung ist hierfür allerdings, daß die Nachtragsanklage von dem Gericht in das Verfahren einbezogen worden ist und der Angeklagte dieser Einbeziehung zugestimmt hat (§ 266 Abs. 1).

Wird in dem Urteil eine Strafe zur Bewährung ausgesetzt, muß der Vorsitzende den Angeklagten gem. § 268 a Abs. 3 auch über die Bedeutung, über Auflagen und Weisungen sowie über Widerrufs- und Aussetzungsmöglichkeiten belehren. Diese Belehrungspflicht gilt auch dann, wenn die Strafaussetzung erst nachträglich erfolgt (§ 453 a).

4.) Rechtsmittelverfahren

Sofern das Gericht des ersten Rechtszuges eine Berufung wegen verspäteter Einlegung als unzulässig verwirft (§ 319 Abs. 1), ist der Beschwerdeführer bei der Zustellung dieses Beschlusses darüber zu belehren, daß er auf eine Entscheidung des Berufungsgerichts antragen könne (§ 319 Abs. 2 i.V.m. § 35 a). Die gleiche Belehrungspflicht gilt gem. § 346 Abs. 2 i.V.m. § 35 a entsprechend, wenn eine Revision wegen verspäteter Anbringung der Revisionsanträge nach § 346 Abs. 1 als unzulässig verworfen wird.

5. Kapitel Darstellung und Problematik der nicht normierten Sachleitungspflichten

Die gesetzlich geregelten Sachleitungs-, Frage sowie Hinweis- und Belehrungspflichten durchziehen, wie sich aus der bisherigen Darstellung ergibt, das gesamte Strafverfahren wie ein roter Faden. Gleichwohl sind die bestehenden normierten fürsorglichen Vorschriften nicht ausreichend, sondern können und müssen in vieler Beziehung erweitert werden. Nur eine über die gesetzliche Regelung der StPO noch hinausgehende Fürsorgepflicht wahrt dem Beschuldigten in umfassender Weise die Rechtsstellung, die ihm nach dem Grundgesetz zusteht. Die an die normierten Fürsorgepflichten anzuknüpfenden ungeschriebenen Verpflichtungen der Rechtspflegeorgane zur Fürsorge sollen im folgenden aufgeführt und erörtert werden.

Sie ergeben sich zum größten Teil aus dem Zusammenhang mit fürsorglichen Vorschriften der StPO und des GVG. Soweit eine solche Beziehung zu einem Paragraphen des Strafverfahrensrechts fehlt, sind die ungeschriebenen Fürsorgepflichten aus der übergeordneten Norm, dem Grundgesetz, abzuleiten.

I. Behandlung des Beschuldigten in angemessenen Umgangsformen

Die an dieser Stelle zunächst zu nennende Fürsorgepflicht, die Behandlung des Beschuldigten in angemessenen Umgangsformen, gilt für alle Stadien des Strafverfahrens und sowohl für richterliche als auch für staatsanwaltliche und polizeiliche Maßnahmen, insbesondere aber für Äußerungen gegenüber dem Beschuldigten. In all diesen Fällen sind die elementarsten Höflichkeitsformen zu beachten. So ist der Beschuldigte mit "Herr" anzureden und das Wort "bitte" zu gebrauchen, damit Anreden vermieden werden wie "Angeklagter, stehen Sie auf!"[1]

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 238 Anm. 2 a; Eb. Schmidt ZRP 1969, 254 (256); Schorn Strafrichter S. 223; Würde S. 122; Glosse in NJW 56, 779; Jescheck JZ 70, 202

Außerdem sollten sich die betreffenden Beamten und Richter einer gemäßigten Tonart befleißigen und sarkastische und kränkende Äußerungen unterlassen. Ein Anschreien des Beschuldigten oder barsche Worte sind nicht vereinbar mit den Aufgaben der Strafverfolgung.

Die hier angesprochene Fürsorge ergibt sich aus der Verpflichtung, die Wertpersönlichkeit des Beschuldigten zu beachten. Wie oben[1] bereits ausgeführt, hat auch der Beschuldigte nach Art. 1 Abs. 1 GG ohne jede Einschränkung einen Anspruch auf Achtung seiner Würde. Dies sollte jeden Richter und Staatsanwalt auch im Gerichtssaal zu höflichen Anredeformen veranlassen.

Durch die Verwendung der angesprochenen Höflichkeitsformen wird zudem der Gleichheitssatz des Art. 3 GG, insbesondere die "Waffengleichheit im Strafprozeß", mit verwirklicht. Alle anderen Prozeßbeteiligten werden in höflichen Umgangsformen angesprochen. Daher müssen diese Anredeformen auch dem Beschuldigten zugebilligt werden, da kein Grund ersichtlich ist, der eine Ungleichbehandlung in bezug auf die Umgangsformen rechtfertigt.

Schließlich behindert die geschilderte Anredeform keineswegs die Wahrheits- und Rechtsfindung. Eine hochmütige und unhöfliche Behandlung des Beschuldigten wird kaum dazu beitragen, daß dieser die Wahrheit sagt. Ganz im Gegenteil wird durch eine höfliche Anrede des Angeklagten viel eher ein Vertrauensverhältnis geschaffen und dadurch die Wahrheitsfindung gefördert.

Die gleichen Argumente gelten für die "gemäßigte Tonart" und gegen "kränkende Äußerungen". Soweit Drohungen oder Anzeichen von Voreingenommenheit sichtbar werden, sind derartige Äußerungen neben Art. 1 + 3 GG auch nach §§ 136 a,

---

1) S. 22

163 a Abs. 3 + 4 verboten bzw. verstoßen gegen den Grundsatz der Unparteilichkeit des Richters i.S.d. § 24 Abs. 2[1].

Den hier dargestellten Anspruch auf angemessene Umgangsformen hat der Beschuldigte selbst dann nicht verwirkt, wenn er seinerseits unflätiges Benehmen zeigt. Für diese Ansicht sprechen mehrere Gründe:

Die Richter und die Beamten der Strafverfolgungsbehörden trifft ein besonders großes Maß an Verpflichtung zu Geduld und Toleranz, denn jeder Beschuldigte ist entsprechend seiner Situation erregt. Hinzu kommt, daß das Gericht und die Strafverfolgungsorgane eine gegenüber dem Beschuldigten ungleich größere "Macht" innehaben - diese muß durch eine größere Toleranz ausgeglichen werden, damit die oben angesprochene Waffengleichheit in die Tat umgesetzt wird.

Selbst wenn aber diese Schwelle überschritten würde, können sich die Organe der Strafrechtspflege anders als durch unangemessene Umgangsformen durchsetzen (das Gericht hat z.B. die Möglichkeit, Ordnungsstrafen zu verhängen oder den Angeklagten zeitweilig aus dem Sitzungssaal zu entfernen).

Im übrigen wäre es ein für das Gericht unwürdiges Schauspiel, wenn sich ein Richter oder Staatsanwalt durch unflätiges Benehmen seitens des Angeklagten provozieren ließe.

II. Bessere Erforschung der Persönlichkeit des Täters durch Schaffung einer Ermittlungshilfe[2]

Da das materielle Strafrecht weitgehend Täterstrafrecht ist, bedarf es für eine gerechte Würdigung und Beurteilung der Tat und des Täters neben der Aufklärung der Tatmodalitäten vor allem der Erfassung der Täterpersönlichkeit. Nur dadurch kann der Richter feststellen, in welcher Weise Veranlagung und Umwelt das Charakterbild des Straffälligen geformt haben.[3]

1) Vgl. BGH NJW 59, 55 mit zust. Anm. von Eb. Schmidt
2) Inzwischen seit 1.1.1975 als "Gerichtshilfe" in die StPO aufgenommen: § 160 Abs. 3 S. 2
3) Vgl. Lackner JZ 53, 428 (430

Die Kenntnis der Persönlichkeit des Täters ist aus kriminalpädagogischen Gründen wichtig für die Strafzumessung (§ 46 StGB), die Maßregeln der Sicherung und Besserung (§§ 61 ff. StGB), für die Verhängung einer bloßen Geldstrafe anstelle von Freiheitsstrafe (§ 47 StGB), für die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 56 ff. StGB) und für die bedingte Entlassung (§ 57 StGB). Daneben ist die Kenntnis von der Täterpersönlichkeit besonders wichtig für die Resozialisierung des Täters während des Strafvollzuges.

Auf die Ermittlung der persönlichen Verhältnisse ist daher auch schon von Gesetzes wegen Bedacht zu nehmen (s.o. S. 48). Diese Aufgabe obliegt einem Richter (§ 136 Abs. 3) sowie der Stadtanwaltschaft und den Beamten des Polizeidienstes (§§ 160 Abs. 3, 163 a Abs. 3 + 4), in der Praxis jedoch im wesentlichen nur den Polizeibeamten. Diese stellen über das Leben, den Ruf und die Haltung eines Beschuldigten Nachforschungen an. Gleichwohl werden sich die Ermittlungen der Polizeibeamten i.d.R. - z.T. schon wegen der großen Arbeitsbelastung - mehr auf äußere Umstände beschränken. Nähere Kenntnisse über die Familienverhältnisse, die Berufs- und Umwelteinflüsse, den Werdegang und interne Schwierigkeiten fehlen ihnen meistens. Der für die Erforschung dieser Umstände nötige innere Kontakt zu dem Beschuldigten und das Erkennen der sozialen Nöte machen eine soziale und psychologische Schulung erforderlich. Selbst wenn der Kriminalpolizei aber derart geschulte Kräfte zur Verfügung stünden, würde auch in diesem Falle der Beschuldigte in dem mit den Ermittlungen beauftragten Beamten einen Vertreter der Polizei sehen und ihm niemals das notwendige Vertrauen entgegenbringen[1]. Die Persönlichkeitserforschung ist bisher also recht mangelhaft geregelt, wird ihrer Bedeutung nicht gerecht und kann von sozial ungeschulten Richtern, Staatsanwälten und deren Hilfsbeamten auch kaum besser durchgeführt werden.

---

1) Vgl. Rahn Bewährungshilfe Jg. 9 (1962), 157

Daher ist es aus fürsorglichen Erwägungen zur besseren Erforschung der Täterpersönlichkeit unerläßlich, daß bundeseinheitlich auf gesetzlichem Wege eine Ermittlungshilfe geschaffen wird. Darunter soll eine reine Ermittlungshilfe und nicht etwa eine Sozialhilfe verstanden werden. Für letztere gibt es bereits gut funktionierende Organisationen wie die Bewährungshilfe, die Entlassenenfürsorge oder die Ämter der Sozialhilfe. Derartige Ermittlungshilfestellen gab es schon vor 1933 unter der Bezeichnung "soziale Gerichtshilfe" in größerer Zahl: 1932 waren es etwa 300 Gerichtshilfestellen[1]. Sie wurden fast alle aufgelöst. Heute bestehen Gerichtshilfestellen nur in wenigen Großstädten und werden von verschiedenen Sozial- und Fürsorgeorganisationen getragen[2]. Für das Erwachsenenstrafrecht fehlt eine bundeseinheitliche Regelung; lediglich im Jugendgerichtsverfahren hat die Jugendgerichtshilfe (§ 38 JGG) ihren festen Platz gefunden.

Bei der Schaffung der Gerichtshilfe wäre zu beachten, daß sie unabhängig von dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft arbeiten müßte, da sie eine Verfahrensaufgabe eigener Art zu bewältigen hätte. Die Gerichtshilfestelle sollte als selbständige Justizbehörde mit eigenen Rechten und Pflichten aufgebaut und nicht an eine Fürsorgeorganisation angeschlossen werden, da strafverfahrensrechtliche Ziele im Vordergrund stehen[3]. Weiterhin müßten die Gerichtshelfer zur objektiven Wahrheit verpflichtet werden, also u. U. auch nachteilige Eigenschaften des Straffälligen aufführen; die Ermittlungsberichte dürften nur Tatsachen enthalten, müßten durch Quellen belegt werden und auch den Namen des ermittelnden Helfers angeben[4]. Auch müßten insbesondere die Grundsätze der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit beachtet werden.

---

1) Vgl. Peters S. 163
2) Vgl. Kern-Roxin S. 50; Peters S. 164
3) Vgl. Kern-Roxin a.a.O.; Peters a.a.O.
4) Vgl. Rahn Bewährungshilfe Jg.9 (1962), 158

Die Ermittlungsberichte, die sich bei den Hauptakten befinden sollten, um auch dem Verteidiger Einsichtsmöglichkeiten zu gewähren, müßten in der Hauptverhandlung zum Zwecke der Vorhaltung verlesen werden[1], wie es auch im Jugendgerichtsverfahren üblich ist und wie es nach den §§ 250ff. zulässig ist[2].

Verlesene Umstände, die der Angeklagte bestreitet und die nicht auf beweisrechtlichem Wege bewiesen werden können, bleiben für die Urteilsfindung außer Betracht. Dieser Grundsatz gilt allgemein für das Strafverfahren und würde auch in diesem Fall keineswegs die richterliche Unvoreingenommenheit beeinträchtigen[3]. Der Ermittlungshelfer selbst sollte als spezifischer Träger prozessualer Pflichten und Rechte ein notwendiger Verfahrensbeteiligter sein und eine Rechtsstellung eigener Art haben, ähnlich wie im Jugendgerichtsverfahren (vgl. §§ 38, 43 Abs. 1 S. 4 JGG).

Bei der Erforschung der Persönlichkeit ergibt sich allerdings das Problem, die Grenzen des Notwendigen nicht zu überschreiten. Notwendig sind die Ermittlungen bezüglich der Persönlichkeit bei Verbrechen sowie bei allen Vergehen nicht nur geringfügiger Art. Eine starre Grenze ist schwer zu ziehen und wäre im Interesse des einzelnen Täters auch unangebracht, da es auf den Einzelfall ankommt. Allzu hoch sollte diese Grenze jedoch nicht gesetzt werden, da z.B. eine Strafaussetzung zur Bewährung oder eine bloße Geldstrafe nur bei kleineren Delikten in Betracht kommt, bei denen eine Persönlichkeitserforschung jedoch schon notwendig erscheint.

---

1) Vgl. Rahn a.a.O. S. 157 f.; Peters S. 165
2) Vgl. BGH 3, 149 (150); 14, 339 (340)
3) Die von Eb. Schmidt Lehrk. II § 160 Rdn. 5 angedeuteten diesbezüglichen Gefahren sind m. E. wegen der Allgemeingültigkeit dieses Grundsatzes gering

Eingreifen sollte die Persönlichkeitsdiagnose aus Rücksicht auf das Persönlichkeitsrecht auf jeden Fall erst dann, wenn der Beschuldigte einer strafbaren Handlung hinreichend verdächtigt ist, andererseits aber spätestens dann, sobald sich ein dringender Tatverdacht ergibt. Eine weitere Begrenzung müßte darin bestehen, die Persönlichkeit nur soweit zu erforschen, als dies für die oben[1] angegebenen Gründe notwendig ist. Darüber hinaus erforderte die soziale Ermittlungshilfe besondere Erfahrungen, sehr viel Taktgefühl und strikte Objektivität[2].

Die Schaffung einer bundeseinheitlichen Gerichtshilfe würde bei Anwendung der oben genannten Grundsätze eine fürsorgliche Maßnahme sein, die nicht zum Nachteil des Beschuldigten gereichen würde, weil das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwischen dem Aufklärungsgrundsatz und dem Persönlichkeitsschutz beachtet und damit die Gefahr eines unangemessenen Eindringens in die Privatsphäre vermieden würde. Der Straffällige hätte nur Vorteile durch die Gerichtshilfe, vor allem im Hinblick auf die Resozialisierung, da ihm, soweit seine Persönlichkeit bekannt ist, sehr viel gezielter geholfen werden kann, den Weg in die menschliche Gesellschaft zurückzufinden.

---

1) S. 65
2) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. II § 160 Rdn. 5; Löwe-Rosenberg-Kohlhaas § 160 Anm. 8; Peters S. 461

III. Vermeidung der Erweiterung der Öffentlichkeit

Die unzulässige Erweiterung der Öffentlichkeit ist seit dem Strafprozeßänderungsgesetz von 1964 bereits für einen wichtigen Teilbereich gesetzlich ausdrücklich verboten worden. Dieses Verbot bezieht sich auf Ton- und Fernsehrundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen während der Verhandlung zum Zwecke der Veröffentlichung (§ 169 Satz 2 GVG). Uber diese gesetzliche Teilregelung hinaus muß das Verbot jedoch aus fürsorglichen Gründen soweit ausgedehnt werden, daß auch eine Erweiterung der u n mittelbaren Öffentlichkeit ausgeschlossen ist. Vor allem muß es vermieden werden, daß eine Verhandlung in einem außergerichtlichen "Massensaal" stattfindet. Das letzte abschreckende Beispiel eines solchen "Schauprozesses" war der "Lebach-Prozeß", der im Juli 1970 in der Kongreßhalle in Saarbrücken vor mehr als 1000 (!) Zuschauern stattfand und mit dem großen Interesse der Öffentlichkeit an der Verhandlung gerechtfertigt wurde[1].

Für die Begründung eines Verbotes der Erweiterung der unmittelbaren Öffentlichkeit sind die Öffentlichkeitsvorschrift (§ 169 Satz 1 + 2 GVG) und die dahinterstehenden Begründungen heranzuziehen. Die Bedeutung der öffentlichen Hauptverhandlung nach § 169 Satz 1 GVG liegt darin, daß die Tätigkeit des Gerichts hinter verschlossenen Türen stattfindet, so daß sachfremde, das Licht der Öffentlichkeit scheuende Umstände auf das Gericht und damit auf das Urteil Einfluß gewinnen[2]. Die Öffentlichkeit soll also Schutz vor der Heimlichkeit gewähren[3]. Sie soll aber auch das Vertrauen des Volkes in die Rechtspflege festigen[4]. Aus diesen Gründen besteht ein großes und berechtigtes Interesse daran, daß die Bevölkerung erfährt, wie die Urteile zustandekommen. Dies wird aber durch zulässige wahrheitsgetreue Presseberichte hinreichend ermöglicht,

1) Vgl. "Der Spiegel" 1970, Heft 28, S. 69; 29, S. 75
2) Vgl. BGH 9, 280 (282)
3) Vgl. Bockelmann NJW 60, 218; Schorn Würde S. 54
4) Vgl. Bockelmann a.a.O.; Schorn a.a.O.; BGH 16, 111 (113)

soweit die Bevölkerung aus Platzmangel nur zu einem Teil persönlich erscheinen kann. Es wird jedenfalls allgemein anerkannt, daß die Öffentlichkeit in den räumlichen und örtlichen Gegebenheiten des Gerichts ihre Schranken findet[1], da der Gesetzgeber die "Öffentlichkeit der Gerichtssäle"[2] postuliert, nicht weniger, aber auch nicht mehr. Verhandlungsöffentlichkeit bedeutet daher nicht Publizität i.S. moderner Reportage[3], die häufig darin besteht, die Sensationslust großer Bevölkerungskreise zu befriedigen. Der in § 169 Satz 1 GVG niedergelegte Grundsatz der Öffentlichkeit gebietet also keineswegs eine extensive Öffentlichkeit.

Der Vergleich mit § 169 Satz 2 GVG legt eher das Gegenteil nahe. Um diese Vermutung zu bestätigen, sind die Grundgedanken heranzuziehen, die hinter § 169 Satz 2 GVG stehen.

Die Begründung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages[4] zu § 169 Satz 2 GVG besagt, daß die Verhandlung durch Film-, Funk- und Fernsehaufnahmen in "unguter Weise manipuliert wird", daß die Aufnahme auch sonst auf die Verletzung der Menschenwürde hinauskommen und die Wahrheitsfindung beeinträchtigen. Diese Gründe werden auch von den Meinungen der Literatur und des BGH vollauf getragen, wie im folgenden gezeigt werden soll.

Bei einer Zulassung der genannten Aufnahmen wird die Verhandlung zu einer "Show" umfunktioniert[5]. Der Angeklagte wird zu einem Schauobjekt, obwohl er aufgrund seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht zur Publizität verpflichtet

---

1) Löwe-Rosenberg-Schäfer (Bd. II, 21. Aufl.) § 169 GVG Anm. 3; Müller-Sax Bd. II § 169 GVG Anm. 1 b (1); Kleinknecht § 169 GVG Anm. 3; BGH 16, 111 (113); Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 407; Henkel S. 324; Peters S. 483; Bockelmann NJW 60, 218

2) Vgl. Hahn Materialien zum GVG Bd. I, 1. Abteilung, § 139 S. 173; Kern-Roxin S. 228; Schorn Würde S. 57

3) Henkel S. 324 Fußn. 3

4) Schriftl. Bericht des 12. Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu § 169 Satz 2 GVG, Zu BTDrucksache IV (1963)/ 1020, S. 7

5) Vgl. BGH 16, 11 (114)

ist[1]. Dadurch wird in die Würde und das Persönlichkeitsrecht des Angeklagten eingegriffen[2].

Darüber hinaus haben die Fernseh-, Funk- und Filmaufnahmen negative Folgen für die Wahrheitsfindung, weil durch sie eine Publizität entsteht, die jeden Verfahrensbeteiligten nötigt, sich darauf einzustellen[3]. So ist es für den Angeklagten durchaus unterschiedlich, ob er den Blicken einiger weniger gegenübersteht, oder ob er vor Tausenden oder gar Millionen von Menschen auftritt. Die ohnehin bestehende psychische Belastung wird noch stark erhöht und die Befangenheit gesteigert[4], so daß der Angeklagte in seiner Verteidigung beschränkt wird. Aber auch bei den Zeugen besteht einerseits die Gefahr, daß sie besonders befangen, andererseits, daß ihre Aussagen nur auf Wirkung und "Show" gerichtet sind. Dadurch leidet die Aussagebereitschaft und -tüchtigkeit und der Beweiswert der Aussage ist geringer[5]. Daneben ist auch die Unbeeinflußtheit des Richterspruches gefährdet, da die Massenöffentlichkeit das Gericht eher zum Opfer verbreiteter Vorurteile und Erwartungen machen kann[6]. Aus diesen Gründen ist in Fernseh-, Funk- und Filmaufnahmen während der Verhandlung eine Verletzung der Wahrheitserforschungspflicht und eine Beschränkung der Verteidigung zu sehen[7].

Diese Grundgedanken stehen hinter dem in § 169 Satz 2 GVG ausgesprochenen Verbot der Aufnahmen. Auch bei einem

---

1) Vgl. Henkel S. 324; Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 415; BGH 10, 202 (205)
2) Vgl. Schorn Würde S. 59; Müller-Sax Bd.II § 169 GVG Anm. 1 a (1)
3) Vgl. Bockelmann NJW 60, 218 (219)
4) Bockelmann a.a.O.
5) BGH 16, 111 (113)
6) Vgl. Kern-Roxin S. 213; Bockelmann a.a.O.; Dahs NJW 61, 1756
7) Vgl. Eb. Schmidt a.a.O.; Schorn a.a.O. S. 57; Löwe-Rosenberg-Schäfer (Bd. II, 21. Aufl.) § 169 GVG Anm. 3; Dahs a.a.O. + NJW 65, 86; GBH 16, 111 (114); BGH NJW 64, 602 (603)

Prozeß in einem außergerichtlichen "Massensaal" wird der Angeklagte wie ein Objekt behandelt, das auf einer Bühne zur Schau gestellt wird. Die erweiterte Öffentlichkeit entspricht daher nicht der im Prozeßrecht einhellig vertretenen Subjektstellung des Angeklagten. Außerdem steht die Massenöffentlichkeit außer Verhältnis zu dem Schutz der Persönlichkeit und der Würde des Angeklagten, die bei der Öffentlichkeit der Gerichtssäle[1] gerade gewahrt werden sollen[2]. Eine Erweiterung der unmittelbaren Öffentlichkeit verletzt daher die Menschenwürde und das Persönlichkeitsrecht.

Die extensive unmittelbare Öffentlichkeit erzeugt durch die Anwesenheit mehrerer hundert Zuschauer eine mindestens ebenso starke Erhöhung der psychischen Belastung und der Befangenheit des Angeklagten wie die Anwesenheit des Rundfunks oder des Fernsehens. Man denke nur an vielhundertstimmiges Gemurmel oder Gelächter der Zuschauer, das der Vorsitzende bei so vielen Menschen gar nicht immer unterbinden kann. Dadurch besteht die Gefahr, daß der Angeklagte und sein Verteidiger nicht mehr alles zur Verteidigung vorbringen können, was sie eigentlich einwenden wollten. Der Angeklagte wird in seiner Verteidigung also beschränkt.

Schließlich werden die Aussagebereitschaft der Zeugen und der Beweiswert ihrer Aussagen beeinträchtigt, da die Zeugen bei vielen hundert Zuschauern in eine Bewußtseinslage geraten, die der theatralischen Situation angepaßt ist[3]. Von einer gewissen Befangenheit durch die Massenöffentlichkeit werden sich auch die Richter, insbesondere die Laienrichter, nicht freimachen können, so daß die Unbeeinflußtheit des Richterspruches gefährdet ist. In einer derartigen extensiven Öffentlichkeit liegt daher eine ebensolche Verletzung der Wahrheitserforschungspflicht wie in den verbotenen Aufnahmen.

---

1) s.o. S. 70
2) Vgl. Schorn Würde S. 54
3) Vgl. BGH 16, 111 (114)

Die Zulässigkeit der Öffentlichkeitserweiterung kann auch nicht von der Zustimmung des Angeklagten abhängen. Mit der Zustimmung könnte er zwar auf seine Persönlichkeitsrechte verzichten; es bliebe aber immer eine Verletzung der Wahrheitserforschungspflicht bestehen.

Die Grundgedanken, die zu dem in § 169 Satz 2 GVG ausgesprochenen Verbot der Ton- und Fernseh-Rundfunk- sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke öffentlicher Vorführung geführt haben, treffen alle ebenso für die Erweiterung der u n mittelbaren Öffentlichkeit zu. Daher muß es auch als unzulässig angesehen werden, Strafverhandlungen in außergerichtlichen "Massensälen" durchzuführen[1]. Wegen der Beeinträchtigung vor allem der Interessen des Angeklagten besteht also eine Fürsorgepflicht des Gerichts darin, zu verhindern, daß gegen den Angeklagten vor einer erweiterten Öffentlichkeit verhandelt wird.

Die Gefahren, die den Interessen des Angeklagten und der Unbeeinflußtheit des Richterspruches durch eine Öffentlichkeitserweiterung drohen, sind m. E. so groß, daß eine Änderung des § 169 GVG dringend anzuraten ist. Anstelle des bisherigen Satz 2 sollte es in einem neuen A b s a t z 2 etwa heißen: "Erweiterungen der Öffentlichkeit sind unzulässig. Als solche sind insbesondere anzusehen Verhandlungen in außergerichtlichen Massensälen wie Theater, Kinos, Stadthallen u. dergl. oder Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts".

IV. Aussetzung bzw. Unterbrechung der Hauptverhandlung wegen Verhinderung oder ungenügender Vorbereitungszeit des Verteidigers

Wenn in einem Fall n o t w e n d i g e r Verteidigung der bereits bestellte oder gewählte Verteidiger ausbleibt, hat der neu zu bestellende Verteidiger nach § 145 Abs. 3 das Recht, die Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung zu

1) Im Ergebnis ebenso Kern-Roxin S. 213

beantragen. Er kann aber ebenso darauf verzichten. Dagegen gibt § 228 Abs. 2 bei n i c h t notwendiger Verteidigung dem Angeklagten, dessen Wahlverteidiger verhindert ist, nicht das Recht, die Aussetzung der Hauptverhandlung zu verlangen, ohne jedoch diese Aussetzung zu verbieten. Diese Vorschrift soll nur einer Verzögerung vorbeugen.

Gleichwohl muß in einigen Fällen die Fürsorgepflicht des Vorsitzenden angenommen werden, unabhängig von § 228 Abs. 2 die Hauptverhandlung auf Antrag oder von Amts wegen auszusetzen, auch wenn keine notwendige Verteidigung gegeben ist[1]. Die gleiche Pflicht kann den Gerichtsvorsitzenden - von Amts wegen, über § 145 Abs. 3 hinaus - im Einzelfall treffen, wenn der notwendige Verteidiger auf sein Recht aus § 145 Abs. 3 verzichtet und keinen Aussetzungsantrag zur Verteidigungsvorbereitung stellt[2].

Für die Fallgruppe der nicht notwendigen Verteidigung ist die fürsorgliche Aussetzungspflicht zu bejahen, sofern der Angeklagte aufgrund einer für ihn unvorhersehbaren Änderung des zeitlichen Ablaufs der Verhandlung oder eines ähnlichen Umstandes, also durch ein für ihn unabwendbares Ereignis, in seinem Recht auf Zuziehung eines Rechtsbeistandes "in jeder Lage des Verfahrens" (§ 137 Abs. 1) verletzt würde[3].

Die Verpflichtung zur Aussetzung oder Unterbrechung der Verhandlung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn das Verhalten des Gerichts dazu beigetragen hat, daß der Angeklagte in die Situation geraten ist, ohne Verteidiger auftreten zu müssen[4]. Ein solches Verhalten des Gerichts liegt etwa in verzögertem Terminsbeginn von nicht unwesentlicher Dauer oder der Vorverlegung des Termins[5], unvorhergesehener Unterbrechung mit Terminsverlegung für die Fortsetzung[6] oder Versehen bzw. falschen

---

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 228 Anm. 5; Müller-Sax § 228 Anm. 3 d; Eb. Schmidt Lehrk. II § 228 Rdn. 7; Kleinknecht § 228 Anm. 2; Koch JR 61, 420; BaxOblG 1962, 226 (227); OLG Hamm NJW 69, 943; Celle NJW 65, 2264; 61, 1319; Hamburg MDR 64, 524 (525); Düsseldorf GA 1958, 54f.
2) Vgl. BGH NJW 65, 2164 (2165); RG 77, 153; 71, 353; Kleinknecht § 265 Anm. 10 A
3) S. Fußn. 1)
4) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Kleinknecht a.a.O.; Koeniger S. 414; Koch JR 61, 420 (421); OLG Hamm NJW 69, 943 (944); Celle NdsRpfl 64, 234; NJW 61, 1319
5) OLG Hamburg MDR 64, 524 (525)
6) OLG Hamm NJW 54, 933 (934); Koeniger S. 413; Schorn Strafrichter S. 213

Auskünften durch die Geschäftsstelle des Gerichts[1]. Ferner ist darauf abzustellen, ob es dem Angeklagten wegen der Schwierigkeiten oder der Bedeutung der Sache zuzumuten ist, sich unvorhergesehen selbst zu verteidigen[2]. Diese Konstellationen unterfallen nicht § 228 Abs. 2, bei dem stillschweigend vorausgesetzt wird, daß der Angeklagte die Möglichkeit hat, sich innerhalb der genügend langen Ladungsfrist einen Verteidiger zu suchen, der sich dann an die Termine des Gerichts halten muß[3]: In diesen Fällen darf ebensowenig ohne Verteidiger verhandelt werden wie bei der notwendigen Verteidigung. § 228 steht dem Recht, aber auch der fürsorglichen Pflicht des Gerichtsvorsitzenden zur Vertagung der Hauptverhandlung daher nicht entgegen[4].

Für die Fallgruppe der notwendigen Verteidigung besteht die Fürsorgepflicht zur Vertagung auch von Amts wegen vor allem bei einem Verteidigerwechsel. Dabei kann sich das Gericht im allgemeinen auf die Erklärung des neuen (Wahl- oder Pflicht-) Verteidigers verlassen, er sei ausreichend vorbereitet und beantrage keine Vertagung (vgl. § 145 Abs. 3). Ist für das Gericht jedoch klar ersichtlich, daß der neue Verteidiger nicht genügend Zeit hatte, um sich angemessen vorzubereiten, so ist es trotz der Erklärung des neuen Verteidigers von sich aus verpflichtet, die Verhandlung zu vertagen, damit das Recht des Angeklagten auf Verteidigung gegen den Anklagevorwurf nicht beeinträchtigt wird[5]. § 145 ist keine abschließende Regelung und hindert nicht die Annahme einer solchen Pflicht.

Die Verpflichtung zur Vertagung besteht umso mehr, wenn der

---

1) OLG Düsseldorf GA 1958, 54f.; Müller-Sax § 228 Anm. 3 d
2) OLG Köln NJW 70, 720; Celle NJW 65, 2264
3) Vgl. OLG Hamm GA 1971, 25 (26); NJW 69, 943 (944); Celle NJW 65, 2264; Koeniger S. 413
4) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 228 Anm. 5; OLG Düsseldorf GA 1956, 54f.; Hamm NJW 69, 943 (944); Hamburg MDR 64, 524 (525)
5) Vgl. BGH NJW 65, 2164 (2165) mit zust. Anm. von Schmidt-Leichner; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.

neue Verteidiger ohne eine Erklärung keinen Antrag stellt[1], soweit der Verteidiger ersichtlich keine Gelegenheit hatte, sich genügend auf die Verteidigung vorzubereiten[2]. Dabei ist bei der Prüfung der "genügenden Vorbereitungszeit" ebenso wie bei der ersten Fallgruppe auf die Schwere der Tat abzustellen.

Die rechtliche Grundlage dieser Fürsorgepflichten zur Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung ist in § 265 Abs. 4 zu erblicken[3]. Diese Vorschrift verpflichtet das Gericht, die Hauptverhandlung von Amts wegen auszusetzen oder zu unterbrechen, wenn dies infolge der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Verteidigung angemessen erscheint. Die "veränderte Sachlage" kann auch durch Verfahrensvorgänge wie z. B. einem Verteidigerwechsel oder einen für den Angeklagten unabwendbaren Umstand i.S.d. oben genannten ersten Fallgruppe eintreten[4]. Da Abs. 4 einen über die Voraussetzungen des § 265 hinausgehenden allgemeinen Grundsatz enthält[5], ist er für die hier dargelegten sachleitenden Fürsorgepflichten heranzuziehen.

---

1) Wird der Antrag gestellt, ist das Gericht schon nach § 145 Abs. 3 zu einer Aussetzung oder Unterbrechung verpflichtet
2) Vgl. RG 77, 153
3) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 228 Anm. 5; Kleinknecht § 228 Anm. 2; Koeniger S. 413; Schorn Strafrichter S. 214; BGH NJW 65, 2164 (2165) mit Anm. von Schmidt-Leichner; RG 77, 153; 71, 353; 65, 246; BGH NJW 58, 1736; HRR 1936, Nr. 1402; OLG Hamm GA 1971, 25 (26); Celle NJW 65, 2264
4) S. Fußn. 3); ferner Müller-Sax § 265 Anm. 12; Kleinknecht § 265 Anm. 10 A; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 265 Anm. 9 c
5) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. II § 265 Rdn. 24; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; BGH NJW 58, 1736 (1738)

V. Überwachung der Pflichtverteidigung und Rücknahme der Verteidigerbestellung

Eine gesetzlich geregelte Fürsorgepflicht des Gerichts besteht gem. § 141 darin, in Fällen notwendiger Verteidigung (§ 140 Abs. 1 + 2) einen Pflichtverteidiger für den Beschuldigten zu bestellen, soweit ihm kein Verteidiger eigener Wahl zur Verfügung steht. Es ist zu untersuchen, ob das Gericht darüber hinaus die nicht normierte Fürsorgepflicht trifft, die Tätigkeit des bestellten Verteidigers daraufhin zu überwachen, ob dieser seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt, und bei einer Zuwiderhandlung seine Bestellung zurückzunehmen.

Eine Verpflichtung zur Überwachung des bestellten Verteidigers ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Eine fürsorgliche Überwachungspflicht kann man jedoch aus einigen Vorschriften der StPO ableiten. Vor allem aus § 145 ergibt sich eine solche Pflicht. In diesem Falle hat der Vorsitzende von A m t s wegen einen anderen Verteidiger zu bestellen, wenn der notwendige Verteidiger ausbleibt, sich während der Hauptverhandlung unzeitig entfernt oder sich weigert, die Verteidigung zu führen.

Eine entsprechende Verpflichtung geht daneben aus § 146 hervor. Danach ist die Verteidigung mehrerer Beschuldigter durch einen gemeinschaftlichen Verteidiger unzulässig. Ebenso ist § 356 StGB heranzuziehen. Er enthält ein Verbot der Prävarikation; die Verteidigung ist ausgeschlossen, falls beispielsweise ein Anwalt als Verteidiger zugleich den Verletzten vertritt[1]. Diese Vorschriften sind schon bei der Bestellung des Verteidigers zu beachten. Aber auch wenn sich ein solcher Aufgabenwiderstreit, der den Verteidiger an der pflichtgemäßen Verteidigung hindert, erst im Laufe des Hauptverfahrens herausstellt, muß das Gericht von A m t s wegen im Interesse einer ordnungsgemäßen

1) Vgl. BGH 3, 400; 5, 284 (285)

Verteidigung des Angeklagten einschreiten[1]. Da es dies nicht tun kann, solange es die Interessenkollision nicht bemerkt hat bzw. von der unzeitigen Entfernung des Verteidigers keine Kenntnis nimmt, muß es daher die Verteidigung in dieser Beziehung kontrollieren.

Ein weiteres Argument für die fürsorgliche Uberwachungspflicht der Pflichtverteidigung kann man dem Bestellungsakt entnehmen. Die Bestellung des Pflichtverteidigers ist ein staatlicher Hoheitsakt[2]. Aus diesem ergeben sich über die Bestellung hinaus Verpflichtungen des Gerichts, die im Interesse der Rechtspflege und vor allem im Interesse des Beschuldigten zu erfüllen sind[3], Dazu gehört auch die Beobachtung, ob der bestellte Verteidiger die Pflichtverteidigung überhaupt führt, ob er sie unter groben Pflichtverletzungen führt oder ob er sich als unfähig erweist und dadurch seinen Verteidigerpflichten nicht nachkommt. Ohne einer derartigen Kontrolle durch das Gericht könnte sonst die gleiche Situation entstehen, als wenn gar kein Verteidiger bestellt worden wäre. Zur Sicherstellung der notwendigen Verteidigung ist das Gericht aber gerade verpflichtet (vgl. §§ 140, 141). Aus dem staatlichen Bestellungakt kann man daher ebenfalls eine Uberwachungspflicht herleiten.

Diese grundsätzliche Uberwachungspflicht des Gerichts besteht jedoch nicht unbegrenzt. Das Gericht kann nur verpflichtet sein, so grobe Verstöße des Verteidigers gegen seine Pflichten festzustellen (und abzustellen - dazu später), daß diese Pflichtverletzungen einer Nichtverteidigung nahekommen. Die oben angeführten Vorschriften (§§ 145, 146 StPO, 356 StGB), aus denen die Pflicht zur Verteidigerüberwachung abgeleitet werden kann, regeln nur Fälle, die klar zutage liegen und grobe

---

1) Für die Pflichtverteidigung unstreitig, vgl. RG 35, 189 (191); Eb. Schmidt Lehrk. II § 146 Rdn. 5; Kleinknecht § 146 Anm. 1 m.w.N.; v. Winterfeld NJW 61, 902 (903)
2) S. o. S. 37; Dahs Strafverteidiger Rdn. 81
3) Vgl. Schorn Strafverteidiger S. 50

Verstöße gegen das Interesse des Beschuldigten an seiner Verteidigung beinhalten. Eine Verpflichtung des Gerichts zur Überwachung des Pflichtverteidigers über diese gesetzlichen Anhaltspunkte hinaus besteht daher gleichfalls nur insoweit, als das Gericht in der Lage sein muß, die offenbare Unfähigkeit oder offensichtlich grobe Pflichtverletzung des bestellten Verteidigers zu erkennen.

Dieser Verpflichtung könnte jedoch § 1 BRAO entgegenstehen, nach dem jeder Rechtsanwalt[1] ein unabhängiges Organ der Rechtspflege ist. Die Unabhängigkeit des Anwalts hat einen doppelten Charakter. Einerseits bedeutet sie, daß der Anwalt selbständig und frei von Weisungen Dritter ist[2]. Er steht auch zum Gericht nicht in einer Abhängigkeit, ist nicht an Weisungen des Gerichts über die Art und Weise der Verteidigung[3] und nur an Gesetz und Recht gebunden[4]. Andererseits verpflichtet dieser Unabhängigkeitsgrundsatz den Verteidiger aber zu einer unabhängigen Amtsführung als Rechtspflegeorgan[5].

Die Überwachung durch das Gericht greift jedoch nicht in diese Weisungsfreiheit ein, da der Verteidiger nicht etwa angewiesen wird, seine Verteidigung in einer bestimmten Art durchzuführen; darin ist er frei und unabhängig. Aus der Stellung des Verteidigers als selbständiges Rechtspflegeorgan und der darin liegenden weitgehenden eigenen Verantwortung in bezug auf den Umfang der Tätigkeit ergibt sich zwar, daß das Gericht daran gehindert ist, bis in Einzelheiten zu kontrollieren, ob der Verteidiger ordnungsgemäß verteidigt[6]. Soweit jedoch in Frage steht, ob der bestellte Verteidiger

---

1) Die Pflichtverteidigung wird nach der gesetzl. Regelung fast ausschließlich von Rechtsanwälten geführt, vgl. §§ 142 StPO, 92 RiStBV
2) Vgl. Kalsbach § 1 Rdn. 3 (S. 5 + 6); v. Scanzoni JW 1932, 3587
3) Vgl. Schorn Strafverteidiger S. 74
4) Vgl. Müller-Sax Einl. 3 III a; Habscheid NJW 62, 1987
5) Vgl. v. Scanzoni a.a.O.; BGH 15, 326 (328)
6) Vgl. Dahs Strafverteidiger Rdn. 17; Kleinknecht § 143 Anm. 3; BGH 4 StR 143/67 bei Dallinger MDR 67, 727

infolge von Unfähigkeit oder von grober Pflichtverletzung seine Verteidigung überhaupt führt, muß das in §§ 140, 141 zum Ausdruck kommende große Interesse der Rechtsordnung an der notwendigen Verteidigung des Angeklagten Vorrang haben. Der Rechtsanwalt würde die ihm obliegende eigene Verantwortung und seine Bindung an die BRAO gerade nicht zeigen und seine Pflichten als Rechtspflegeorgan nicht erfüllen. In diesem Fall ist in der Überwachung kein unzulässiger Eingriff in die Rechtsstellung des bestellten Verteidigers zu sehen. Die Stellung des Anwalts als unabhängiges Rechtspflegeorgan steht der begrenzten Überwachungspflicht des Gerichts daher nicht entgegen.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß die Fürsorgepflicht dem Gericht gebietet, den bestellten Verteidiger über die bloße Bestellung hinaus soweit zu überwachen, daß es eine offenbare Unfähigkeit oder eine offensichtliche g r o b e Pflichtverletzung des Verteidigers erkennen kann[1].

Falls das Gericht bei dem von ihm bestellten Verteidiger einen solchen Mangel feststellt, fragt es sich, ob das Gericht auch zur Rücknahme der Bestellung verpflichtet ist.

Eine ausdrückliche gesetzliche Pflicht zur Rücknahme der Verteidigerbestellung besteht - sofern die Notwendigkeit der Verteidigung fortbesteht[2]. - gem. § 143 nur für den Fall, daß demnächst ein Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt.

---

1) So wohl auch Dahs a.a.O.; Kleinknecht a.a.O.; BGH 4 StR 154/67 bei Dallinger a.a.O., die zwar eine Überwachungspflicht des Gerichts über den Verteidiger grds. ablehnen, ausnahmsweise aber sogar eine Pflicht des Gerichts annehmen, die Bestellung zurückzunehmen, wenn sich der Verteidiger als offensichtlich unfähig zeigt oder seine Pflichten offensichtlich grob verletzt

2) Von dem Fortbestehen der notwendigen Verteidigung ist hier auszugehen

Daneben ergeben sich Rücknahmepflichten aus §§ 145, 146 StPO, 356 StGB für deren eigenen Anwendungsbereich. Bei § 145 ist die Rücknahmepflicht in der Verpflichtung des Gerichts enthalten, sogleich einen neuen Verteidiger zu bestellen, wenn der zunächst bestellte pflichtwidrig ausbleibt, sich unzeitig entfernt oder sich weigert, die Verteidigung zu fuhren. Nach § 146 ist die Verteidigung mehrerer Beschuldigter von vornherein unzulässig. Sofern doch ein Verteidiger versehentlich zu einer Mehrfachverteidigung bestellt worden ist, ist die Rücknahme der Bestellung für bestimmte Beschuldigte erforderlich[1]. Eine ähnliche Rücknahmepflicht geht aus § 356 StGB hervor. Hiernach ist die Verteidigung ausgeschlossen und damit eine schon erfolgte Bestellung zurückzunehmen, wenn sich herausstellt, daß der Verteidiger z. B. zugleich die Interessen des Beschuldigten und die des Verletzten vertritt.

Es ist jedoch allgemein anerkannt, daß neben § 143 und den weiteren oben genannten Fällen auch andere Gründe die Rücknahme der Bestellung notwendig machen können[2]. Dabei sind die Grundgedanken heranzuziehen, die in den hier angeführten Vorschriften zum Ausdruck kommen: die Verhinderung eines Interessenkonfliktes und vor allem die Sicherstellung der ordnungsgemäßen notwendigen Verteidigung.

Demgemäß sind weitere Rücknahmegründe darin zu sehen, daß der notwendige Verteidiger etwa infolge von Krankheit oder altersbedingter Störungen nicht fähig ist, den Angeklagten sachgemäß zu verteidigen. Bei dieser offensichtlichen Unfähigkeit besteht eine fürsorgliche Verpflichtung des Gerichts

---

1) Die Rücknahme schließt in allen Fällen notwendiger Verteidigung die Bestellung eines anderen Verteidigers ein, soweit kein Wahlverteidiger die Verteidigung fortführt

2) Vgl. Müller-Sax § 143 Anm. 1; Löwe-Rosenberg-Dünnebier § 143 Rdn. 4; Kleinknecht § 143 Anm. 3; Eb.Schmidt Lehrk. II § 143 Rdn. 1

zur Rücknahme der Verteidigerbestellung[1]. Daneben gebietet eine Fürsorgepflicht die Rücknahme der Bestellung wegen offensichtlicher grober Pflichtverletzung des Verteidigers[2]. Eine solche Pflichtverletzung, die dem Verteidigungsinteresse des Angeklagten widerspricht, ist etwa dann anzunehmen, wenn der Verteidiger jede Fühlungsnahme mit dem Angeklagten unterläßt und erkennbar unvorbereitet in die Hauptverhandlung geht[3]. Zwar hat der BGH[4] keine grobe Pflichtverletzung angenommen, sofern der Verteidiger vor der Hauptverhandlung nicht mit dem Angeklagten gesprochen hat. Diese Auffassung ist jedoch aus fürsorglichen Gründen nur vertretbar, wenn der Verteidiger zuvor wenigstens die Akten eingesehen hat. Ohne jede Kenntnis des Sachverhalts kann der Verteidiger, der ja nur in Fällen von einiger Schwere bestellt wird, seine Fürsprachepflicht auf keinen Fall erfüllen. Stellt der Verteidiger dagegen z. B. nur bestimmte Anträge nicht, obwohl dies bei vernünftiger Verteidigungsführung zu erwarten wäre, führt er aber im übrigen die Verteidigung durch, so ist dies vielleicht als standeswidrig nachlässige "Amts"-führung, aber nicht als "grobe" Pflichtverletzung anzusehen. Wie er sie im einzelnen führt,steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen.

Auch die hier vertretene Fürsorgepflicht zur Rücknahme der Verteidigerbestellung bei Unfähigkeit oder g r o b e r Pflichtverletzung greift nicht in unzulässiger Weise in die Rechtsstellung des Verteidigers ein. Für diese Meinung sprechen die gleichen Gründe, wie für die Uberwachungspflicht: Der Rechtsanwalt selbst würde seine eigenverantwortliche Stellung als Organ der Rechtspflege in grober Weise - wenn auch z. T. unverschuldet, z. B. bei Altersstörungen - vernachlässigen. Sein geschildertes prozeßordnungswidriges Verhalten käme einer Nichtverteidigung sehr nahe und wäre nicht nur standeswidrig. In diesen Fällen geht die Sicherstellung der ordnungsgemäßen

1) Vgl. BGH 4 StR 154/67 bei Dallinger MDR 67, 727 unter Hinweis auf BGH 5 StR 260/58 (unveröffentl.); Kleinknecht Einl. 7 F und § 143 Anm. 3; Dahs Strafverteidiger Rdn. 17
2) BGH a.a.O.; Dahs a.a.O.; Schorn Strafverteidiger S. 50
3) Vgl. Schorn a.a.O.
4) BGH 4 StR 143/57 bei Dallinger MDR 67, 727

notwendigen Verteidigung der gerade nicht wahrgenommenen Organstellung vor. Auch § 3 Abs. 2 BRAO, nach dem das Vertretungsrecht des Anwalts nur durch ein Bundesgesetz beschränkt werden kann, steht dem nicht entgegen. § 3 Abs. 2 bezieht sich nur auf Beschränkungen des allgemeinen Vertretungsrechts des Rechtsanwalts, nicht auf seine gerichtliche Ausschließung im konkreten Verfahren[1]. Da sich die Ablösung des Verteidigers jeweils nur auf einen konkreten Einzelfall beschränkt, liegt auch kein Verstoß gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG allgemein geschützte Berufsfreiheit des Anwalts vor[2].

Neben der begrenzten Überwachung besteht also eine Fürsorgepflicht des Gerichts darin, die Verteidigerbestellung zurückzunehmen, wenn sich herausstellt, daß der bestellte Verteidiger wegen Krankheit oder Altersstörungen offensichtlich unfähig ist oder seine Pflichten in g r o b e r Weise verletzt. Die Rücknahme muß in allen Fällen notwendiger Verteidigung die Bestellung eines anderen Verteidigers einschließen, soweit kein Wahlverteidiger die Verteidigung fortführt.

Gegenüber einem gewählten Verteidiger kommen die hier geschilderten Ablösungsgründe sehr selten in Betracht, müßten dann aber gleichwohl in entsprechender Weise auch für ihn gelten, wenn es sich um eine "notwendige Verteidigung" handelt.

VI. Bewirkung vollständiger Erklärungen und sachdienlicher Anträge

Eine weitere sachleitende Fürsorgepflicht des Vorsitzenden besteht darin, vollständige Erklärungen und sachdienliche Anträge des Angeklagten zu bewirken. Der Angeklagte darf nicht während seiner Aussage zum Schweigen gebracht werden, weil das Gericht

1) Vgl. Kalsbach JZ 61, 593; BVerfG NJW 67, 2051 (2052)
2) Der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG gilt auch für den bestellten Verteidiger, der nach seiner Bestellung die gleichen Pflichten und Rechte wie der Wahlverteidiger hat; vgl. Dahs Strafverteidiger Rdn. 23; Schorn Strafverteidiger S. 66; Henkel S. 158; RG 17, 315

der Meinung ist, die weitere Aussage sei unwesentlich. Der Vorsitzende muß vielmehr auf ausführliche und vollständige Aussagen hinwirken. Der Angeklagte könnte in den folgenden Passagen etwas zu seiner Verteidigung vorbringen, er könnte Aussagen machen, die den Sachverhalt weiter aufklären oder seine Beweggründe offenlegen, die beispielsweise für eine Strafaussetzung oder seine Resozialisierung von Bedeutung sind. Lediglich bei unsachgemäßen, für die spätere Entscheidung unerheblichen und nicht bedeutenden Äußerungen des Angeklagten ist der Vorsitzende befugt, ihm weitere Aussagen dieser Art zu verwehren[1].

Ebenso dient die Bewirkung sachdienlicher Anträge wie z.B. Beweis- oder Vertagungsanträge dem Verteidigungsinteresse des Angeklagten und der Sachaufklärung. Diese letztgenannte Pflicht ist allerdings weitgehend einzuschränken, soweit dem Angeklagten ein Rechtsanwalt zur Seite steht, es sei denn, der Anwalt irrte oder ginge offensichtlich von falschen Voraussetuungen aus[2].

Die hier vertretene Fürsorgepflicht hat einen besonders deutschlichen Ausdruck in § 139 ZPO für den Bereich des Zivilprozesses gefunden. Sie muß aber auch für das Strafverfahren Geltung haben. Dies ergibt sich aus Art. 1, 103 GG sowie §§ 136 Abs. 2, 243 Abs. 4 und 238 Abs. 1.

Das dem Angeklagten vor Gericht zustehende Recht auf Gehör (Art. 103 GG)[3] beinhaltet u. a., daß die Ausführungen des Angeklagten grundsätzlich nicht beschränkt oder abgeschnitten werden dürfen und ihm die notwendige Zeit zum "Ausredenlassen" zugebilligt werden muß[4]. Daneben umfaßt der Anspruch auf rechtliches Gehör auch die Möglichkeit, Anträge in jeder Hinsicht zu stellen[5]. Da das rechtliche Gehör in

---

1) Vgl. Maunz-Dürig Art. 103 Abs. 1 Rdn. 41
2) S.o. S. 39f.
3) Zur näheren Kennzeichnung des rechtl. Gehörs s.o. S. 32f.
4) Vgl. Maunz-Dürig a.a.O.; Hamann-Lenz Art. 103 Anm. B 1 b; BVerfGE 17, 139 (143); 18, 399 (406)
5) Vgl. Henkel S. 249; BVerfGE 6, 19 (20); 7, 53(57); 15, 303 (307)

allen Verfahrensarten zu gewähren ist, berechtigt und verpflichtet die Verhandlungsleitung (§ 238 Abs. 1) auch den Vorsitzenden des S t r a f gerichts, auf vollständige Erklärungen und sachdienliche Anträge hinzuwirken[1].

Gestützt wird diese Verpflichtung desgleichen durch Art. 1 GG; diese Norm sichert, wie oben[2] näher ausgeführt wurde, die Subjektstellung des Angeklagten. Sofern der Vorsitzende die Äußerungen des Angeklagten beschneidet und ihm Antragsrechte verweigert, behandelt er ihn nicht i.S.d. Subjektstellung.

Schließlich sprechen auch §§ 136 Abs. 2, 243 Abs. 4, nach denen der Beschuldigte die Gelegenheit erhalten soll, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die ihn begünstigenden Tatsachen geltend zu machen, für die genannte Fürsorgepflicht. Nur wenn der Angeklagte ausreden darf und bestimmte Anträge, über die er vorher in Kenntnis gesetzt wurde, stellen kann, erhält er diese Gelegenheit und kann seine Rechte wahrnehmen[3].

VII. Nichtzulassung von Aussagen der Vertrauenspersonen (sog. V-Leute) ohne persönliches Erscheinen vor Gericht

Aus fürsorglichen Gründen könnte die Vernehmung eines mittelbaren Zeugen ("Zeuge vom Hörensagen") ausgeschlossen sein, soweit der unmittelbare Zeuge ("Vertrauensmann" oder "V-Mann") wegen nicht erteilter behördlicher Aussagegenehmigung nicht zur Aussage vor Gericht erscheint, sondern nur der mittelbare Zeuge, meistens ein Beamter der Kriminalpolizei, der seinerseits den anonym bleibenden V-Mann vernommen hat. Die Bedenken gegen die Aussagen des Zeugen vom Hörensagen ergeben sich daraus, daß die Glaubwürdigkeit des V-Mannes nicht

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 238 Anm. 2 a; Kleinknecht § 238 Anm. 7 B; Müller-Sax § 238 Anm. 1 c und Einl. 13 I b; Tröndle DRiZ 70, 213 (216)
2) S.o. S. 23
3) Vgl. A. Schmidt DRiZ 60, 426 (427)

nachgeprüft werden kann und der Angeklagte bzw. dessen Verteidiger keine Fragen an ihn als unmittelbaren Belastungszeugen stellen können. Dadurch könnte das Verteidigungsinteresse des Angeklagten beeinträchtigt sein.

Im einzelnen könnte die Verwertung dessen, was der gerichtlich vernommene Zeuge über die Angaben des V-Mannes bekundet hat, gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 250) verstoßen. Die Bestimmung des § 250 statuiert den Vorrang des mündlichen Zeugenbeweises vor schriftlichen Aussagen als Beweismittel[1]. Dies ergibt sich aus dem Verhältnis des Gebotes der persönlichen Vernehmung in Satz 1 zu dem Verbot der Verlesung von Vernehmungsprotokollen in Satz 2. Aus § 250 geht aber nicht hervor, daß immer der tatnächste Zeuge, also der V-Mann selbst, zu vernehmen ist[2]. Da nur der Rückgriff auf Berichtsurkunden an Stelle persönlicher Aussagen vor Gericht ausgeschlossen wird, hat es die genannte Vorschrift hinsichtlich letzterer also offengelassen, ob darüber Beweis erhoben werden soll, daß eine Tatsache geschehen sei, oder darüber, daß jemand geäußert habe, eine Tatsache sei geschehen. Im übrigen bekundet der mittelbare Zeuge ebenfalls eigene Wahrnehmungen, nämlich die Tatsachen, die ihm der V-Mann mitgeteilt hat[3], auch wenn diese als Beweismittel allenfalls indizierende Funktion haben können. Der in § 250 zum Ausdruck kommende Unmittelbarkeitsgrundsatz wird durch die Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen daher nicht verletzt[4].

---

1) Heute fast einhellige Meinung, vgl. BGH 6, 209 (210); 13, 394 (396); Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 250 Anm. 3 a; Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 452, Lehrk. II § 250 Anm. 3; JZ 62, 761; Müller-Sax § 250 Anm. 1; Kleinknecht § 250 Anm. 1; Henkel S. 343; Kern-Roxin S. 222; Alsberg-Nüse S. 199; Tiedemann JuS 65, 14 (15) mw.N.. A.A. Peters S. 267; da er die Vernehmung des tatnächsten Zeugen nur verlangt, wenn dieser greifbar ist, sieht Peters keinen Verstoß gegen § 250 StPO, wenn der tatnächste Zeuge unerreichbar ist.

2) Vgl. die Zitate in Fußn. 1)

3) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 452 Fußn. 248; Henkel S. 343; Kern-Roxin S. 226

4) Vgl. Fußn. 1); ebenso BGH 17, 382 (384); OLG Hamm NJW 70, 821

Es könnte allerdings eine Verletzung der Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 in Frage kommen, wenn statt des mittelbaren der unmittelbare Zeuge erreichbar gewesen wäre. Unerreichbar kann der Zeuge sein, dem von der vorgesetzten Dienststelle die Genehmigung zur Aussage verweigert worden ist[1]. Das Gericht ist dann an die Aussagebeschränkung gebunden und kann die Aussage nicht erzwingen (vgl. § 54 Abs. 1 StPO i.V.m. §§ 61, 62 Abs. 1 BBG). Nach § 62 Abs. 1 BBG darf die Genehmigung, als Zeuge auszusagen bzw. nur begrenzte Angaben zu machen, verweigert werden, wenn die Aussage dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erschweren würde. Diese Feststellung obliegt allein dem Dienstvorgesetzten (§ 61 Abs. 2 BBG). Der Angeklagte könnte zwar die Rechtmäßigkeit dieses Verwaltungsaktes von einem Verwaltungsgericht überprüfen lassen und auf die Erteilung der unbeschränkten Aussagegenehmigung klagen. Erreicht er jedoch auf diesem Wege die Freigabe des Namens des V-Mannes nicht, muß das Gericht dies hinnehmen. Eine Klagemöglichkeit hat es jedenfalls nicht, wenn es auch ansonsten alle zulässigen und nicht von vornherein aussichtslosen Schritte unternehmen muß, um auf die Erteilung der unbeschränkten Aussagegenehmigung hinzuwirken[2]. Sofern das Gericht dies erfolglos versucht hat, ist der V-Mann für das Gericht nicht erreichbar. In der Vernehmung des Zeugen von Hörensagen anstelle des unmittelbaren Zeugen liegt daher auch kein Verstoß gegen § 244 Abs. 2[3].

---

1) Vgl. BGH 17, 382 (384); BGH GA 1968, 370; OLG Hamm NJW 70, 821; Kleinknecht § 244 Anm. 14; vgl. auch Löwe-Rosenberg-Kohlhaas § 54 Anm. 4 c

2) Vgl. BGH a.a.O.; OLG Hamm a.a.O.; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 244 Anm. V 8 a; Willms DRiZ 64, 234

3) Vgl. Müller-Sax § 244 Anm. 4 e; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 244 Anm. III 1; Kleinknecht a.a.O.; Kern-Roxin S. 226; Henkel S. 343; Alsberg-Nüse S. 200f.; BGH 1, 373 (376); 17, 382 (384); OLG Hamm a.a.O.

Dadurch, daß das Gericht den Vertrauensmann nicht verhört hat, könnte es die durch § 261 gezogenen Grenzen der Freiheit der Überzeugungsbildung überschritten haben. Das wäre der Fall, wenn das Gericht die Lebenserfahrung und die Gesetze der Logik und der Wissenschaft außer acht gelassen hätte. In den hier interessierenden Fällen spielen besonders die Lebenserfahrung und die Zeugenpsychologie eine wichtige Rolle.[1)]

Durch die Verwertung der Aussagen des Zeugen vom Hörensagen besteht zum einen die Gefahr, daß die vermittelten Tatsachen entstellt oder unvollständig wiedergegeben werden. Zum anderen kann die persönliche Glaubwürdigkeit des V-Mannes und damit der Beweiswert seiner Bekundungen nicht vom Gericht überprüft werden. Angesichts dieser aus der Lebenserfahrung sich ergebender Bedenken ist es dem Gericht verwehrt, a l l e i n auf jene Aussage hin jemanden zu verurteilen. Fraglich ist, ob man es wenigstens zulassen kann, daß die von dem Vernehmungsbeamten wiedergegebene Aussage des V-Mannes als ein Indiz unter mehreren gegen den Angeklagten verwendet werden kann, ob also diese Bekundungen verwertet werden dürfen, soweit sie durch andere wichtige Beweismittel bestätigt werden, wie es z. T.[2)] vertreten wird.

Bei einer Verwertung dieser Aussage lediglich als zusätzliches Indiz besteht die Gefahr, daß der Tatrichter die Verurteilung gleichwohl im wesentlichen auf die mittelbare Aussage stützt und die anderen Gesichtspunkte nur zur "formalen Dekoration"[3)] der Beweiswürdigung anführt. Außerdem könnten die mittelbaren Aussagen, wenn sie ohnehin nur noch als zweitrangige Indizien Beweis erbringen sollen, gleich ganz weggelassen werden[4)]. Das entscheidende Argument

---

1) Vgl. BGH 6, 70 (72f.); 17, 382 (385); Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 261 Anm. 5 a - c; Kleinknecht § 261 Anm. 3
2) Vgl. BGH 17, 382 (385); OLG Hamm NJW 70, 821 (822); Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 452 + Fußn. 248; Kleinknecht § 261 Anm. 7; Alsberg-Nüse S. 200f.; Willms DRiz 64, 234
3) Tiedemann JuS 65, 14 (18)
4) Vgl. Meilicke NJW 63, 425 (427)

dürfte aber ebenfalls sein, daß die Glaubwürdigkeit des V-Mannes nicht vom Gericht überprüft werden kann und die Aussage auch nicht als Indiz zugelassen werden darf, da dieses das belastende Beweismaterial verstärkt und dadurch den Ausschlag geben kann.

Schließlich spricht ein weiterer Grund gegen jede Art der Verwertung von Aussagen eines V-Mannes. Bei einer Beschränkung der Aussagegenehmigung werden die verheimlichten Teile, die mit dem übrigen Tatsachenkomplex eine untrennbare Einheit bilden, der Beweisaufnahme entzogen. Ein einheitlicher Vorgang kann beweismäßig nicht aufgeteilt werden, da eine Überzeugungsbildung über einzelne, abgetrennte Vorgänge nur möglich ist, wenn diese insgesamt der Überprüfung unterliegen[1].

Die Zulassung von Aussagen anonymer Vertrauensleute als Beweismittel oder auch nur als zusätzliches Indiz verstößt daher gegen § 261.

Die Ablehnung der mittelbaren Bekundungen könnte sich desweiteren aus Art. 6 Abs. 3 lit. d. MRK und Art. 103 Abs. 1 GG ergeben.

Art. 6 Abs. 3 d MRK gewährleistet ausdrücklich das Recht des Angeklagten, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Das gleiche Recht geht ebenfalls aus Art. 103 Abs. 1 GG hervor[2]. Eine Betrachtung des V-Mann-Problemes unter diesem Blickwinkel würde sich allerdings erübrigen, falls Art. 6 Abs. 3 d MRK nicht für die Zeugen gelten würde, deren Mitteilungen lediglich mittelbar verwertet werden, sondern nur für Zeugen, deren Aussagen

---

1) Vgl. Peters Gutachten S. 108
2) Vgl. Dahs Rechtl. Gehör S. 80f.; Arndt NJW 63, 432 (433); Grünwald JZ 66, 489 (494); Meilicke a.a.O. S. 428

unmittelbar in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Diese Ansicht vertritt offenbar der BGH[1], der nicht die anonymen V-Leute, sondern die Verhörsbeamten als "Belastungszeugen" bezeichnet.

Eine derartige Auslegung wird dem Sinn der Vorschrift jedoch nicht gerecht. Der BGH stellt hier zu sehr auf die formale Seite ab. Ohne die Bekundungen des V-Mannes hätten die polizeilichen Verhörsbeamten nichts auszusagen gewußt. Die urteilsbegründenden Feststellungen stammen ausschließlich von dem anonymen Vertrauensmann und nicht von dem vor Gericht aussagenden Beamten. Als eigentlicher Belastungszeuge ist daher der V-Mann anzusehen[2]. Dessen Befragung muß das Gericht dem Angeklagten ermöglichen.

Es fragt sich allerdings, ob sich das Gericht darauf berufen kann, daß es die Identität des V-Mannes wegen der staatlichen Aussagebeschränkung nicht habe beschaffen und das rechtliche Gehör insoweit gar nicht habe gewähren können.

Daran ist sicher richtig, daß das Gericht die Befragung des V-Mannes nicht vereitelt hat. Die rechtsprechende Gewalt ist jedoch eine Teilgewalt des Staates. Derselbe Staat, der den Angeklagten in das Strafverfahren einbezieht und die Aussagen des anonymen V-Mannes verwertet, nimmt dem Angeklagten aber die Möglichkeit der Befragung des Belastungszeugen. Dies kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß

---

1) BGH 17, 382 (388); so auch Tiedemann JuS 65, 14 (19f); Löwe-Rosenberg- Gollwitzer § 250 Anm. 3 b; Eb. Schmidt JZ 62, 761; die letzteren beiden unter Bezugnahme auf BGH a.a.O.

2) In diesem Sinne Arndt NJW 63, 432 (433); Grünwald JZ 66, 489 (494); Meilicke NJW 63, 425 (427); Peters S. 288; Kleinknecht § 250 Anm. 1 C; BGH GA 1968, 370, der die Entscheidung BGH 17, 382 ausdrücklich als Sonderfall bezeichnet

die eine (rechtsprechende) Gewalt das rechtliche Gehör nicht gewähren kann, weil sie von der anderen (vollziehenden) Gewalt daran gehindert wird[1]. Insoweit ist der Staat als Einheit aufzufassen. Das Gericht, welches den Staat verkörpert, muß sich also entscheiden, ob es die Beurkundungen des V-Mannes verwertet und gleichzeitig dessen Befragung durch den Angeklagten ermöglicht oder ob es die Befragung verweigert und dann auch die mittelbare Zeugenaussage unverwertet läßt.

Bei der Verwertung von Mitteilungen eines anonymen V-Mannes, die über einen Zeugen vom Hörensagen in das Verfahren eingeführt werden, gestattet das Gericht dem Angeklagten nicht die Befragung des eigentlichen Belastungszeugen. Der Angeklagte kann sich folglich nicht zu allen das Urteil tragenden Tat- und Rechtsfragen äußern, sondern ist auf den "amputierten Tatbestand"[2] beschränkt. Vor allem wird ihm der "Kerngehalt"[3] des rechtlichen Gehörs nicht gewährt: die Möglichkeit, die Glaubwürdigkeit des Urhebers der vermittelten Aussage zu erkunden und sich darüber zu erklären. Die Zulassung von belastenden Mitteilungen anonymer V-Leute verstößt daher gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK und Art. 103 Abs. 1 GG[4].

Ein weiteres Argument gegen die Verwertung derartiger Aussagen ergibt sich aus den Prozeßrollen der

---

1) Vgl. Arndt NJW 63, 432 (433); Grünwald JZ 66, 494
2) Arndt a.a.O.
3) Meilicke NJW 63, 425 (427)
4) I.d.S. BGH GA 1968, 370; Arndt a.a.O.; Grünwald a.a.O.; Meilicke a.a.O.; Kleinknecht § 250 Anm. 1 C; Partsch S. 400f.; Spendel JuS 64, 473; Beschluß des 46. DJT NJW 66, 2051 (II. 3.); Klug Verhandlungen des 46. DJT Bd. II (Sitzungsberichte) Teil F, S. 57f., und Diskussionsbeiträge von Sarstedt ebda S. 57f., 15, Diemer-Nicolaus ebda S. 121, Jescheck ebda S. 157f. Ebenso Dahs Rechtl. Gehör S. 86f., der jedoch für den Staatsschutz Ausnahmen zulassen will. Diese Ausnahmen sind aber aus obigen Gründen nicht zu vertreten

Beteiligten. Hierauf hat besonders Peters[1] hingewiesen. Die Prozeßrolle des Kriminalbeamten ist die eines Strafverfolgungsorgans, das Beweismaterial für die Sachverhaltsklärung beibringen soll und am Vorgang selbst sachunbeteiligt ist. Als Verhörsbeamter übernimmt der Kriminalbeamte aber die Rolle eines sachaufklärungsbeteiligten Zeugen, der selbst als Beweismittel fungiert. Diese Rechtslage ist anders, als wenn ein Beamter der Kriminalpolizei über Vorkommnisse bei der Vernehmung aussagt, denn in dieser Beziehung bleibt er im Strafverfolgungsbereich, während er als Zeuge vom Hörensagen gegenüber der Strafverfolgung als Dritter zu betrachten ist. Ferner übernimmt der Verhörsbeamte hinsichtlich der Persönlichkeitswürdigung des V-Mannes die Rolle eines Richters. Die den Beteiligten zukommenden Prozeßrollen dürfen aber keinesfalls vertauscht werden, um tatsächliche Gegebenheiten zu umgehen[2]. Dies ist schon als Gebot einer fairen Verhandlung, die gem. Art. 6 Abs. 1 MRK und dem Rechtsstaatssatz vorgeschrieben ist, anzusehen[3]. Die Vertauschung der Prozeßrollen läuft auf eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung hinaus[4].

In der Zulassung von Aussagen anonymer V-Leute liegt somit ein Verstoß gegen § 261, Art. 6 Abs. 1 und 3 lit.d MRK und Art. 103 Abs. 1 GG. Damit soll jedoch nicht die Notwendigkeit in Abrede gestellt werden, in bestimmten Kriminal- oder Staatsschutzfällen Vertrauensleute einzusetzen. Soweit sie allerdings aus Sicherheitsgründen nicht persönlich aussagen können, muß auf eine Verurteilung ggf. verzichtet werden. Jedenfalls müssen die Beweise für eine

---

1) Peters Gutachten S. 108, 138
2) Vgl. Peters a.a.O.; ebenfalls Tiedemann, JuS 65, 14 (16), obwohl er im Ergebnis die Verwertung von Aussagen anonymer V-Leute für zulässig erachtet
3) Vgl. Tiedemann a.a.O.
4) Vgl. Peters a.a.O. S. 138

Verurteilung im Interesse des Angeklagten in rechtsstaatlich einwandfreier Weise beschafft werden.

Es besteht daher eine Fürsorgepflicht des Gerichts darin, die belastenden Mitteilungen von Vertrauenspersonen, die nicht s e l b s t vor Gericht aussagen, nicht als Beweismittel zu verwerten, da ansonsten die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten beschränkt werden.

Die hier dargestellte Fürsorgepflicht ergibt sich weitgehend im Wege der Auslegung bestehender Vorschriften. Gleichwohl findet sie ihren Platz bei den "nicht normierten" Fürsorgepflichten, denn sie ist als solche im Gesetz nicht positiv verankert.

VIII. Heilung von Verfahrensmängeln soweit möglich

Da die Anwendung des materiellen Rechts nicht auf vorausgegangene Verfahrensfehler gestützt werden darf, ist das Gericht zu der sachleitenden Fürsorge berechtigt und verpflichtet, rechtzeitig entdeckten Verfahrensfehlern abzuhelfen, soweit dies noch möglich ist und nach dem Gang des Verfahrens einen Sinn ergibt.[1)]

Die Fürsorgepflicht zur Beseitigung prozessualen Unrechts ergibt sich im wesentlichen aus dem Rechtsstaatssatz und Art. 6 Abs. 1 MRK i.V.m. der jeweils (verletzten) Prozeßnorm. Die hier genannten Vorschriften enthalten das Gebot, dem Angeklagten entsprechend seiner Subjektstellung ein faires Verfahren unter Beachtung der prozeßrechtlichen Vorschriften und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu gewähren.

Soweit bei der förmlichen Rechtsanwendung Fehler vorgekommen sind, wird durch die Heilung von Verfahrensmängeln, abgesehen von prozeßökonomischen Gesichtspunkten, verhindert, daß der Angeklagte erst Rechtsmittel einlegen muß, um unter Beachtung der Vorschriften der StPO beurteilt zu werden. Anderenfalls würde er der psychischen und physischen Belastung einer weiteren Verhandlung ausgesetzt, obgleich das Erfordernis, den Rechtsmittelweg zu beschreiten, schon vorher eindeutig abzusehen war. Dies würde den Angeklagten übermäßig belasten und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen. Durch die sofortige Heilung wird auch der Gefahr vorgebeugt, daß fehlerhafte Verfahrenshandlungen zu Lasten der Verteidigungsführung des Angeklagten sehr viel später, nämlich nach der revisionsgerichtlichen Zurückverweisung zu einer neuen Verhandlung, nicht mehr nachgeholt werden können. Ein solcher Fall läge z. B. vor, wenn der

---

1) Unumstritten, vgl. Müller-Sax Einl. 11 1; Kleinknecht Einl. 7 B; vgl. auch Eb. Schmidt § 338 Rdn. 2 + 10a; Kern-Roxin S. 213ff.; Löwe-Rosenberg-Dünnebier § 145 Anm. III 1; Sarstedt S. 148, 159, 185; Schorn Strafrichter S. 299; Poppe NJW 54, 1914 (1915f.); 55, 6f.; W.Schmid JZ 69, 757 m.w.N. auch der älteren Literatur und Rechtssprechung; BGH 6, 282 (285); 9, 243 (244); BayObLG 65, 1 (2)

Entlastungszeuge, dessen Vernehmung rechtsfehlerhaft abgelehnt worden ist, inzwischen verstorben ist. Die Fürsorgepflicht des Gerichts zur Heilung von Verfahrensfehlern verhilft dem Angeklagten somit zu einem fairen, justizförmigen Verfahren, wie es der Rechtsstaatssatz und Art. 6 MRK erfordern.

Die möglichen Verstöße gegen die Verfahrensvorschriften und ihre Heilungsmöglichkeiten sind zu vielfältig, um sie hier einzeln zu erörtern. An dieser Stelle sollen daher nur vier Grundsätze zur Beseitigung der Verfahrensfehler aufgezeigt werden[1]. Die Heilung muß danach geschehen durch:

1. Einfache Rücknahme der fehlerhaften richterlichen Entscheidung, z. B. durch Nichtverwertung von Aussagen von Zeugnisverweigerungsberechtigten vor der Belehrung oder von Aussagen, die unter Verstoß gegen § 136 a erlangt worden sind. Diese Möglichkeit kann wegen §§ 33a, 311a nicht an der formellen Rechtskraft scheitern.

2. Nachholung bzw. pflichtgemäße Wiederholung einzelner pflichtwidriger Verfahrenshandlungen, z. B. durch nachträglichen Zeugenaufruf.

3. Wiederholung ganzer Verfahrensteile vom Beginn der Fehlerhaftigkeit an, z. B. bei Verstößen mit Dauerwirkung wie Verhandlungsunfähigkeit oder gesetzeswidrige Abwesenheit.

4. Neuanfang, evtl. vor einem anderen Gericht derselben Instanz, z. B. bei falscher Gerichtsbesetzung.

In die entgegengesetzte Richtung dagegen würde die Forderung gehen, das Verfahren außer in den gesetzlich vorgesehenen Fällen (§§ 206 a, 260 Abs. 3) jedesmal vollständig zu beenden. Diese Lösung würde für den Angeklagten keine prozeßrechtliche Verbesserung gegenüber dem Zustand eines nachgeholten Verfahrensabschnitts bedeuten und wird auch nicht vertreten.

---

1) Vgl. dazu sehr ausführlich W. Schmid JZ 69, 757 (759); vgl. auch Kern-Roxin S. 213f.

Bei der Heilung von Verfahrensfehlern ist es unwesentlich, ob der Fehler ein relativer oder absoluter Revisionsgrund wäre. Entscheidend ist lediglich, ob die Heilung noch möglich und sinnvoll ist. Zuständig ist bei fehlerhaften Kollegialentscheidungen das Richterkollegium, sonst der Vorsitzende allein[1].

Die Fürsorgepflicht zur Heilung von Verfahrensmängeln berechtigt und verpflichtet den Tatrichter, aufgetretene Fehler bis zum E n d e der U r t e i l s v e r k ü n d u n g , nicht aber darüber hinaus, zu beseitigen[2]. Lediglich für den Fall, daß erst und n u r bei der Urteilsverkündung selbst Fehler aufgetreten sind, wird von Poppe[3] und OLG Oldenburg[4] die abweichende Meinung vertreten, daß auch nach dem vollständigen Abschluß der Verkündung (nur) diese von dem Instanzrichter wiederholt werden könne.

Gegen diese Ansicht ist jedoch einzuwenden, daß der Heilungsversuch nach der bereits förmlich geschlossenen Sitzung gar nicht mehr in derselben Hauptverhandlung stattfindet. Mit der vollständigen Verkündung ist die Aufgabe des erkennenden Gerichts erfüllt; für eine erneute Urteilsfällung ist dann kein Raum mehr. Das Urteil ist erlassen und von dem Tatrichter nicht mehr abänderbar oder ergänzbar[5]. Im übrigen muß eine zeitliche Grenze gezogen werden. Bei einer

---

1) Vgl. W. Schmid JZ 69, 757 (762)
2) Allg. Meinung, vgl. W. Schmid a.a.O.; Müller-Sax § 260 Anm. 2b + 3a; Eb. Schmidt § 268 Rdn. 4 + 5; Peters S. 422f.; RG JW 1906, 475 Nr. 35; OLG Hamm JMBlNRW 1955, 237. Insoweit gilt nichts anderes als in dem Fall des erst während der Urteilsverkündung gestellten Beweisantrages, vgl. BGH GA 1963, 148; BGH NJW 68, 804 (805f.) (mit zust.Anm. Eb. Schmidt) = BGH JZ 68, 803 (mit in dieser Beziehung zust. Anm. Roxin); Sarstedt S. 185; Alsberg-Nüse S. 187
3) Poppe NJW 54, 1914; 55, 6
4) OLG Oldenburg NdsRpfl. 1954, 34
5) Vgl. Müller-Sax § 260 Anm. 1C; Löwe-Rosenberg-Geier § 268 Anm. 5; Peters a.a.O.; Schorn Strafrichter S. 299; BGH NJW 53, 155

erneuten Urteilsverkündung nach Abschluß der ersten Verkündung läßt sich eine Frist für einen neuen Verkündungstermin nicht mehr festlegen. Die von Poppe genannte Frist von vier Tagen des § 268 Abs. 2 S. 1 a.F. ist jedenfalls zu kurz, da die Beteiligten erst erneut geladen werden müssen. Bei einer längeren Frist würden aber Kollisionen mit der Rechtskraft und der Kompetenz des Revisionsgerichts nicht ausbleiben[1]. Nach der Urteilsverkündung obliegt allein dem Revisionsgericht die weitere Überprüfung[2]. Der Tatrichter hat dann nach der StPO nicht mehr die Befugnis, über die eigene rechtskraftfähige Entscheidung zu Gericht zu sitzen und die Verhandlung so fortzuführen, als wäre sein Urteil niemals ergangen[3].

Die Heilung kann für den Angeklagten im Einzelfall allerdings auch ungünstige Auswirkungen haben. Irgendwelche "wohlerworbenen" Rechte der Verfahrensbeteiligten stehen jedoch nicht im Wege[4]. Insbesondere das Verbot der reformatio in peius steht nicht entgegen, da dieses erst n a c h der Urteilsverkündung eingreift, während die Heilung nur v o r h e r durchgeführt werden kann. Um dem Angeklagten aber einen vergleichbaren Vertrauensschutz zu gewähren, muß ihn der Richter aus fürsorglichen Gründen über alle Auswirkungen der Heilungsmaßnahmen belehren und diese Belehrung in das Protokoll aufnehmen[5].

Schließlich ist in der Heilung ebenfalls keine Verkürzung der Revisionsmöglichkeiten zu sehen, da das Urteil auch auf einem rechtlich gescheiterten Heilungsversuch beruhen kann. Im übrigen kann kein Verfahrensbeteiligter die Aufrechterhaltung eines Verfahrensfehlers beanspruchen.

---

1) Vgl. W. Schmid JU 69, 757 (765)
2) Abgesehen von Berichtigungen offenbarer Schreib- oder Rechenfehler, vgl. z. B. Peters S. 422 m.w.N.
3) RG JW 1906, 475 Nr. 35
4) Vgl. BGH 12, 197 (206f.) mit Anm. von Martin LM 1 zu §36 GVG; RG 33, 75; 37, 112 (115); 41, 404 (405); RG GA 58, 197 (198)
5) Vgl. BGH 4, 130 (131f.); zur Belehrungspflicht BGH 19, 24 (26); RG 35, 353 (354); 72, 219; RG FA 46, 138; RG DJZ 1909, 324; RG JW 1927, 391

IX. Weitere Tataufklärung bei einem Freispruch mangels Beweises bzw. wegen Zurechnungsunfähigkeit

In der Praxis sind neben dem Freispruch wegen erwiesener Unschuld zwei weitere Arten des Freispruchs bekannt: zum einen der Freispruch mangels Beweises, zum anderen der Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB. Dabei ergeben sich die Unterschiede der Freisprüche nicht aus dem Tenor, der gem. § 260 nur auf Freispruch lauten darf, sondern aus den Urteilsgründen. Aus diesen muß gem. § 267 Abs. 5 hervorgehen, welche Umstände für den Freispruch maßgebend sind. Aus den Gründen kann sich daher ein Freispruch "2. Klasse" immer noch ergeben. Es fragt sich, ob das Gericht aus fursorglichen Gründen verpflichtet ist, den Sachverhalt so weit zu erforschen, daß ein Freispruch wegen erwiesener Unschuld erreicht werden kann, bzw. die Tatbegehung überhaupt festzustellen, anstatt sie dahinstehen zu lassen und die Zurechnungsunfähigkeit festzustellen.

1.) Weitere Aufklärung bei einem Freispruch mangels Beweises, soweit ohne erheblichen Mehraufwand möglich

Für den Angeklagten ist es von Bedeutung, ob der Freispruch mangels Beweises erfolgt, der jeden Verdachtsgrad offenläßt und seine Ehre tangieren kann, oder ob er wegen erwiesener Unschuld freigesprochen wird. Das Interesse des Angeklagten an seiner Rehabilitierung spricht für die Fürsorgepflicht, die Tataufklärung soweit zu betreiben, daß er wegen erwiesener Unschuld freizusprechen ist.

Neben dem Rehabilitierungsinteresse werden in der Literatur z. T. einige weitere Gesichtspunkte geltend gemacht, die jedoch aus unterschiedlichen Gründen nicht durchgreifen können. Die früher verschiedentlich vorgebrachte Schlechterstellung des mangels Beweises Freigesprochenen aufgrund der Kosten und Auslagen sowie der Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (z. B. für unschuldig erlittene Untersuchungshaft)

liegt wegen einer Gesetzesänderung im Jahre 1968 bzw. 1971[1], die der Unschuldvermutung Rechnung trägt, nicht mehr vor. Seither fallen gem. § 467 die Kosten und Auslagen bei allen Freisprüchen grundsätzlich immer der Staatskasse zur Last; ebenso sind die Unterschiede der Freisprüche bezüglich der Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen entfallen.

Ein weiteres Argument von Schwenk und Henrichs[2] stützt sich auf § 17 des Straffreiheitsgesetzes[3], nach dem der Angeklagte, der seine Unschuld geltend macht, die Fortsetzung des Verfahrens beantragen kann. Diese Regelung besagt aber nicht, daß das Tatgericht solange weiter aufklären muß, bis sich die Unschuld erweisen läßt - ein häufig nicht erreichbares Ziel. Die Vorschrift des Straffreiheitsgesetzes soll die Gerichte nur zwingen, eine Entscheidung in der Sache selbst, die sonst unterbliebe, herbeizuführen[4]; die als Wohltat für den Betroffenen gedachte Amnestie soll sich nicht zu seinen Ungunsten auswirken[5]. Läßt sich die Unschuld nicht erweisen, kann sich der Tatrichter durchaus auf einen Freispruch mangels Beweises beschränken[6], da auch so eine Sachentscheidung getroffen wird.

Schließlich soll, wenn das Gericht die Tat nicht weiter aufklärt, um die erwiesene Unschuld darzutun, darin ein Verstoß gegen die Menschenwürde des Angeklagten i.S.d. Art. 1 Abs. 1 GG liegen[7]. Ein solcher Verstoß kann sich zwar ausnahmsweise aus der Art der Begründung eines freisprechenden Urteils ergeben[8]; die unterbliebene weitere Aufklärung

---

1) Vgl. § 467, geändert durch das Einführungsgesetz zum OWiG v. 24. 5. 1968, BGHl I, 503 (512). Gesetz über Entschädigung von Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) v. 8. 4. 1971, BGBl I. 157
2) Schwenk NJW 60, 1932 (1934); Henrichs MDR 56, 196 (200)
3) Straffreiheitsgesetz v. 1954; jetzt § 11 des Straffreiheitsgesetzes v. 20. 5. 1970, BGBl I, 509
4) Vgl. BGH 7, 153 (155)
5) Vgl. Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 10 A.9 (S. 92)
6) Vgl. BGH NJW 59, 2272 (2273)
7) Vgl. Schwenk NJW 60, 1932; Henrichs a.a.O.; Schorn Würde S. 129ff.
8) Vgl. BVerfGE 6, 7; MDR 70, 822

ändert aber an der vorhandenen Begründung nichts und bewirkt dadurch keinen Grundrechtsverstoß. Es ist anzuerkennen, daß die in einem Freispruch "2. Klasse" liegende mögliche Minderung der Ehre ein Nachteil ist. Aber nicht alles, was für jemanden lästig, unbequem oder nachteilig ist, verletzt damit gleich die Menschenwürde i.S. d. Art. 1 Abs. 1 GG[1]. Allein in dem Unterlassen weiterer Aufklärung und der Beschränkung auf einen Freispruch mangels Beweises kann jedenfalls keine Verletzung der Menschenwürde gesehen werden.[2]

Auch im übrigen liegt weder in der Nichtaufklärung noch in dem Freispruch wegen Nichterweislichkeit der Tat selbst eine Gesetzesverletzung oder eine rechtliche Beeinträchtigung[3], die das Tatgericht zwingen würde, so lange weiter aufzuklären, bis es sich die Überzeugung von der erwiesenen Unschuld gebildet hätte. Für eine weitere Tataufklärung bis zum Nachweis der Unschuld ist daher ausschließlich das Rehabilitierungsinteresse des Angeklagten maßgeblich.

Gegen die weitere Tataufklärung spricht neben der Prozeßökonomie auch die Aufgabe der Strafrechtspflege, die es vor allem mit der Verbrechensbekämpfung und der Strafvollstreckung zu tun hat. Davon darf die Strafrechtspflege nicht abgelenkt werden. Sehr viel weitergehende Ermittlungen zur Klärung der Unschuld des Angeklagten würden zu uferlosen Beweisaufnahmen,

---

1) BVerfG a.a.O.; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd.1) Vor § 296 Rdn. 15

2) Vgl. BVerfG a.a.O.; Eb. Schmidt a.a.O.; Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B.4 (S. 151); Müller-Sax § 296 Vorb. 4 b; Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 1 Rdn. 42

3) Eine auch rechtl. relevante Beeinträchtigung, etwa ein Disziplinarverfahren, könnte eintreten, wenn sich der Freispruch nur auf fehlendes Verschulden bei festgestellter Unrechtsverwirklichung gründet. Dies ist aber kein Argument dafür, das Gericht zu weiterer Aufklärung zu verpflichten, damit es die Überzeugung erwiesener Unschuld gewinnen kann, da es sich gerade von der Begehung der Tat überzeugt hat.

Prozeßverschleppungen und einer untragbaren Mehrbelastung für die Gerichte führen[1]. Eine "überschießende" Aufklärung ist daher grundsätzlich nicht erlaubt[2]. Ferner muß berücksichtigt werden, daß sich der Nachweis erwiesener Unschuld häufig gar nicht erbringen läßt.

Andererseits darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß in dem heutigen Strafprozeß die Person und die Motive des Angeklagten mit im Vordergrund stehen; die Erforschung und Bewertung der Persönlichkeit des Angeklagten ist ein wesentlicher Bestandteil des Verfahrens. Weiterhin ist die Unschuldvermutung, jeden Freigesprochenen wie einen Unschuldigen zu behandeln, zu beachten. Schließlich geht es in der Hauptverhandlung nicht nur um Freispruch oder Verurteilung, sondern auch darum, ob der Verdacht überhaupt begründet ist. Aus diesen Gründen hat der Angeklagte einen Anspruch darauf, daß der Freispruch auf eine breite Grundlage gestellt wird. Das Gericht darf z. B., auch wenn eine Verurteilung schon nicht mehr in Frage kommt, die Beweisaufnahme nicht ohne weiteres schließen, sondern muß auf jeden Fall die p r ä s e n t e n Beweismittel ausschöpfen[3]. Dieser Auswertungszwang geht aus § 245 hervor.

Eine darüber hinausgehende Verpflichtung des Gerichts läßt sich lediglich aus dem Gedanken eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 MRK) herleiten. Dieser Gesichtspunkt ist allerdings sehr allgemein und wenig fest umrissen, so daß keine Rechtspflicht daraus hervorgehen kann, sondern nur ein officium nobile, deren Nichtbeachtung nicht anfechtbar wäre. Um das Gericht bei der Tataufklärung nicht vor unlösbare Aufgaben

---

1) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) Vor § 296 Rdn. 15; Müller-Sax § 296 Vorb. 4 b; Henkel S. 366; Peters S. 504f.; BGH 7, 153 (155)
2) Vgl. Müller-Sax § 244 Anm. 4 a
3) Vgl. Müller-Sax § 245 Anm. 1 a + b; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 245 Anm. 1; Kleinknecht § 244 Anm. 4 C; Peters S. 246

zu stellen, muß man dieses officium nobile darauf beschränken, Beweismittel herbeizuschaffen, die ohne Schwierigkeiten und ohne nennenswerte Verzögerung zu erlangen sind[1].

Es besteht also eine Fürsorgepflicht des Gerichts darin, die Beweisaufnahme bei einem vorgesehenen Freispruch mangels Beweises auf alle präsenten und leicht erreichbaren Beweismittel zu erstrecken, um den Angeklagten möglichst wegen erwiesener Unschuld freisprechen zu können.

2.) Aufklärung der Tatbegehung bei einem Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit

Bei einem Freispruch aus § 51 Abs. 1 StGB ist die Beeinträchtigung des Freigesprochenen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht besonders schwer. Dieser Freispruch wird gem. § 12 Ziff. 1 BRZG in das Bundeszentralregister eingetragen. Weiterhin besteht die Möglichkeit, den freigesprochenen Angeklagten bei Dauerzuständen in eine psychiatrisches Krankenhaus einzuweisen (§ 63 StGB) oder ein selbständiges Sicherungsverfahren gem. § 429 a ff. durchzuführen. Ferner droht dem so Freigesprochenen ggf. die Dienstentlassung oder der Führerscheinentzug durch die Verwaltungsbehörde. Darüber hinaus enthält der Vorwurf, zurechnungsunfähig zu sein, in den Augen der Bevölkerung ein derart schweres Unwerturteil, daß er den "bürgerlichen Tod"[2] für den Freigesprochenen bedeuten kann und niemals wieder gutzumachen ist. Diese für ihn erheblichen, rechtlich und tatsächlich weitreichenden Folgen machen es notwendig, daß das Gericht, bevor es die Zurechnungsunfähigkeit im Urteil feststellt, erst die Tatbegehung aufklärt. Erweist sich dabei die Unschuld oder die Nichterweislichkeit, bekommt der Angeklagte jene Nachteile nicht zu spüren.

---

1) Vgl. Müller-Sax § 245 Anm. 1 a + b; Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B. 4; Kleinknecht § 244 Anm. 4 C; Peters S. 246
2) KG HESt 1, 240 (242)

Trotz dieser negativen Folgen lassen der BGH[1] und die meisten Oberlandesgerichte[2] den Freispruch aus § 20 StGB zu, ohne daß vorher der äußere Tatbestand aufgeklärt worden ist. Dieser Meinung ist aus verschiedenen Gesichtspunkten zu widersprechen.

Für die Fürsorgepflicht, den Unrechtstatbestand aufzuklären, ist schon der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heranzuziehen. Bei der Aufklärung der Tat bestünde die Möglichkeit, einen Freispruch wegen erwiesener Unschuld oder zumindest wegen Nichterweislichkeit der Tat herbeizuführen, der den Angeklagten erhelblich geringer belasten würde. Durch die Nichtaufklärung wird also o h n e zwingende N o t w e n d i g k e i t erheblich in die Rechtssphäre des Angeklagten eingegriffen.

Das Argument des BGH[3], die Eintragung in das Zentralregister diene auch dem Wohle des Angeklagten, ist nicht überzeugend. Der Angeklagte hat ein unvergleichlich höheres Interesse an einem Freispruch wegen erwiesener Unschuld oder Nichterweislichkeit der Tat, damit es gar nicht erst zu der Erklärung der Zurechnungsunfähigkeit und der Eintragung kommt; letztere bleibt immer als "aktueller Tatvorwurf"[4] erhalten. Auch ist der Zweck der Eintragung des aus § 20 StGB Freigesprochenen in das Zentralregister darin zu sehen, Fälle, in denen der Angeklagte deshalb freigesprochen werden muß, weil er z. Zt. der Tat zurechnungsunfähig war, für die Zukunft festzuhalten, da es bei diesen Personen wiederholt vorkommt, daß sie erneut strafbare Handlungen begehen und strafrechtlich verfolgt werden müssen[5]. Diesem Zweck des § 12 Abs. 1 BRZG entspricht es aber nicht, solche

---

1) BGH 16, 374; BGH NJW 54, 519; auch schon RG 69, 12
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B. 4 (S. 152); OLG Düsseldorf NJW 60, 1404. A.A. - für vorhergehende Tataufklärung - aber OLG Stuttgart NJW 59, 1840; Schleswig JZ 58, 374
3) BGH 16, 374 (381)
4) OLG Schleswig NJW 57, 1487 und JZ 58, 374; Henrichs MDR 56, 196 (199)
5) Vgl. Hartung § 9 StRVO Anm. 2 a (§ 9 Ziff. 1 StRVO entspricht dem heutigen § 12 Ziff. 1 BZRG, vgl. Götz § 12 Rdn. 3 BZRG); Schwenk NJW 64, 1455 (1456)

Fälle einzutragen, in denen überhaupt nicht feststeht, ob der Angeklagte eine strafbare Handlung begangen hat.

Für eine vorhergehende Aufklärung des Unrechtstatbestandes spricht desgleichen § 63 StGB. Dieser schreibt vor, daß das Gericht die Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt anordnet, wenn jemand eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit begangen hat und es die öffentliche Sicherheit erfordert. Für die Anwendbarkeit des § 42 b StGB ist es erforderlich, daß der Tatrichter vorab prüft, ob der Angeklagte die strafbare Handlung überhaupt begangen hat oder ob ihm ein Rechtfertigungs- oder anderweitiger Schuldausschließungsgrund zur Seite steht[1]. Soweit das Gericht nicht einmal den Unrechtstatbestand aufklärt, begibt es sich in unzulässiger Weise der Möglichkeit, den zurechnungsunfähigen Angeklagten in eine Anstalt einzuweisen[2] oder zumindest festzustellen, daß aus Gründen öffentlicher Sicherheit eine Einweisung nicht in Betracht kommt. Dieser Vorschrift des § 42 b StGB hat der BGH (wie zuvor das Tatgericht) zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt.

Die Nichtaufklärung des Unrechtstatbestandes enthält auch einen Verstoß gegen § 267 Abs. 5. Danach müssen die Urteilsgründe bei einem Freispruch ergeben, ob der Angeklagte für nicht überführt gilt oder ob und aus welchen Gründen die für erwiesene angesehene Tat für nicht strafbar erachtet worden ist. Um diese Feststellung treffen zu können, ist es notwendig aufzuklären, ob der Angeklagte die Tat überhaupt begangen hat, bevor er für zurechnungsunfähig erklärt wird. Die Begründung "nicht überführt" hat auf jeden Fall Vorrang vor der Feststellung der Zurechnungsunfähigkeit[3].

---

1) Vgl. Schönke-Schröder § 42 b Rdn. 2 - 4; BGH 11, 319 (221); OLG Schleswig JZ 58, 374
2) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. II § 244 Anm. 48
3) Vgl. Kleinknecht § 267 Anm. 10; Müller-Sax § 267 Anm. 10. Vgl. auch Müller-Sax § 260 Anm. 5; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) Vor § 296 Rdn. 19

Auch die heutige Strafrechtsdogmatik erfordert entgegen der Ansicht des BGH[1], der die Aufklärung des äußeren Tatbestandes im Falle der Zurechnungsunfähigkeit für revisionsrechtlich bedeutungslos i.S.d. § 244 hält, die Aufklärung der Tatbegehung. Ohne eine vorhergehende Klärung des Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit kann die Schuld bzw. ein Schuldausschließungsgrund niemals zweifelsfrei festgestellt werden[2].

So sprechen alle Gründe für die Pflicht des Tatrichters, die Aufklärung des Unrechtstatbestandes vor der Feststellung der Zurechnungsunfähigkeit vorzunehmen und damit die Verteidigungs- und Rehabilitierungsinteressen des Angeklagten besser zu wahren.

Die entgegenstehende Meinung des BGH[3] ist umso weniger verständlich, als dieser es bei Beleidigungsfällen, in denen ebenfalls der Gesichtspunkt der Ehre des Verletzten, aber auch des Angeklagten im Vordergrund steht, als unzulässig ansieht, daß der Täter ohne Aufklärung der Wahrheit der behaupteten Tatsachen freigesprochen wird, da er aus § 193 StGB jedenfalls gerechtfertigt sei[4]. Der BGH[5] bezieht sich zwar ausdrücklich nur auf den Verletzten und läßt die Aufklärungspflicht bezüglich des Angeklagten offen. Folgerichtig muß dies aber auch für den aus § 193 StGB Freizusprechenden gelten[6]. In den Amnestiefällen hat der BGH[7] desgleichen anerkannt, daß der Angeklagte die Fortsetzung des Verfahrens und damit die Tataufklärung verlangen kann, damit das Verfahren nicht aufgrund des Straffreiheitsgesetzes eingestellt oder der Angeklagte nicht aufgrund des Schuldausschließungsgrundes § 20 StGB freigesprochen, sondern wegen erwiesener Unschuld oder Nichterweislichkeit der Tat freigesprochen wird.

---

1) BGH 16, 374 (379)
2) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. II § 244 Anm. 48; Schwenk NJW 64, 1455 (1456); Müller-Sax § 260 Anm. 5
3) BGH 16, 374
4) Vgl. BGH 4, 194; 7, 392; 11, 273
5) BGH 11, 273 (278)
6) Vgl. Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B.4 (S. 152)
7) BGH 13, 268 (272); 20, 333 (335)

Nach diesen Darlegungen ist eine Fürsorgepflicht des Tatrichters anzunehmen, die Frage der Tatbegehung durch den Angeklagten vor einem Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit aufzuklären.

X. Die allgemeine Beschleunigung des Verfahrens

Eine weitere Fürsorgepflicht des Gerichts, aber auch der Staatsanwaltschaft und der Beamten der Kriminalpolizei besteht darin, das Verfahren zu beschleunigen. Dieser Grundsatz dient vornehmlich den Interessen des Angeklagten, da das Verfahren empfindlich in den Lebens-, Berufs- und Rechtskreis des Beschuldigten eingreift und daher möglichst schnell abgewickelt werden soll. Durch jede Verzögerung steht darüber hinaus der Verlust oder ein Nachlassen in der Qualität der Beweismittel zu befürchten (Verlust von Urkunden, Tod der Zeugen, fehlendes Erinnerungsvermögen).

Auf der anderen Seite kann der Beschleunigung des Verfahrens aber auch kein absoluter Vorrang eingeräumt werden. Auf keinen Fall darf die Sorgfalt der Ermittlungen und die Erforschung der Persönlichkeit des Beschuldigten, um eine wirksame Resozialisierung zu gewährleisten, dadurch beeinträchtigt werden. Innerhalb dieser Grenzen ist das Verfahren jedoch so weit wie möglich zu beschleunigen.

Der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung entspricht der allgemeinen Rechtsüberzeugung[1]. Ausdrücklich genannt ist er nur in § 72 Abs. 4 JGG, wonach das Verfahren "mit besonderer Beschleunigung durchzuführen" ist, wenn sich ein Jugendlicher in Untersuchungshaft befindet. In der StPO ist dieser Grundsatz nicht ausgesprochen, liegt aber einzelnen Verfahrensbestimmungen zugrunde.

Im Haftrecht sind hier die §§ 115, 128 und 129 zu nennen,

---

1) Vgl. Müller-Sax § 226 Vorb. 2 d; Kleinknecht Einl. 7 D; Peters S. 488; Kern-Roxin S. 72; Hanack JZ 71, 705 (711); Jescheck JZ 70, 201 (204). Der Beschleunigungsgedanke ist auch in der Dienstaufsichtsvorschrift des § 26 Abs. 2 DRiG zu finden, wonach der Richter zu unverzögerter Erledigung der Amtsgeschäfte ermahnt werden kann. Zwar ist in § 26 DRiG kein prozessuales Prinzip zu sehen; er läßt aber gleichwohl die allgemeine Rechtsüberzeugung erkennen.

nach denen der Festgenommene unverzüglich dem Richter vorzuführen ist; desgleichen § 121, durch den die Dauer der Untersuchungshaft auf grundsätzlich sechs Monate beschränkt wird. Im Ermittlungsverfahren ist § 163 anzuführen, wonach die Polizei ihre Verhandlungen ohne Verzug der Staatsanwaltschaft zu übermitteln hat. Der Beschleunigungscharakter dieser Vorschrift wird jedoch durch § 160 Abs. 3 (Ermittlung der persönlichen Umstände) beeinträchtigt und dient weniger den Interessen des Beschuldigten als vielmehr der wirksamen Strafverfolgen durch die Staatsanwaltschaft[1]. § 190 soll die Voruntersuchung auf die unbedingt nötige Dauer beschränken.

Weiterhin gilt im Hauptverfahren der Konzentrationsgrundsatz; die Hauptverhandlung soll möglichst in einem Zug durchgeführt werden. Nach § 229 darf eine Unterbrechung höchstens zehn Tage dauern; die Urteilsverkündung muß spätestens vier Tage nach dem Schluß der Verhandlung erfolgen (§ 268 Abs. 2 Satz 1). Diese Vorschriften haben neben dem Wohl des Angeklagten vor allem die Sicherung des Mündlichkeitsprinzips im Auge. Schließlich tragen die kurzen Rechtsmittelfristen zu einer Beschleunigung bei (§§ 314, 317, 319 Abs. 2, 341, 346 Abs. 2). Eine Frist für die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens geht aber daraus nicht hervor.

Aus einigen Vorschriften spricht daher eine Beschleunigungstendenz. Die StPO beinhaltet aber keinen substantiierten Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung im Interesse des Beschuldigten und zeigt manchmal sogar eine entgegengesetzte Tendenz.

Die eigentliche Rechtsgrundlage des Beschleunigungsgrundsatzes liegt in Art. 6 Abs. 1 MRK und Art. 20 GG[3]. Art. 6 MRK ist unmittelbar geltendes Bundesrecht[4]. Dem reinen

---

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Kohlhaas § 163 Anm. 7; Peters S. 76f.
2) Vgl. Hanack JZ 71, 705 (711)
3) Vgl. Kleinknecht Einl. 7 D; Kern-Roxin S. 72; Hanack a.a.O.; BGH JZ 72, 59. Vgl. auch LG Krefeld JZ 71, 733 (734)
4) S.o. S. 33

Wortlaut nach besteht der Anspruch nur darauf, daß die Sache innerhalb einer angemessenen Frist g e h ö r t wird. Der Sinn der Vorschrift liegt jedoch darin, daß auch die Entscheidung in angemessener Frist erfolgen muß[1]. Diese Norm bedeutet also, daß überlange Verschiebungen einer Verhandlung verboten sind[2]. Unabhängig davon hat der Grundsatz der Beschleunigung kraft des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 GG) seine Gültigkeit[3].

Nur für H a f t s a c h e n geht das Beschleunigungsgebot ebenfalls aus Art. 5 Abs. 3 Satz 2 MRK (Aburteilung innerhalb angemessener Frist oder Haftentlassung) und Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG hervor[4].

Die Fürsorgepflicht zur Beschleunigung des Verfahrens hat ihre Rechtsgrundlage daher nicht in der StPO, sondern in der Menschenrechtskonvention und im Grundgesetz.

Genaue Fristen und Termine lassen sich daraus allerdings nicht herleiten und wären auch - wie eingangs schon angedeutet - nicht immer sinnvoll, da eine Verzögerung durch sorgfältige Sachverhaltsprüfungen und die Ausnutzung aller Rechtsbehelfe durchaus im Interesse des Beschuldigten liegen kann.

---

1) Allg. Ansicht, vgl. LG Krefeld JZ 71, 733 (734); Kleinknecht A$_r$t. 6 MRK Anm. 6
2) Vgl. Kern-Roxin S. 72
3) Vgl. BGH JZ 72, 59; Hanack JZ 71, 705 (711)
4) Vgl. Kleinknecht A$_r$t. 5 MRK Anm. 4; Baumann Festschrift S. 541; BVerfGE 20, 45 (49)

6. Kapitel Darstellung und Problematik der nicht normierten Frage- sowie Hinweis- und Belehrungspflichten

Die Frage-, Hinweis- und Belehrungspflichten tragen genau wie die Sachleitungspflichten dazu bei, daß der Beschuldigte fair und gerecht entsprechend seiner Stellung als Prozeßsubjekt behandelt wird. Ohne eine Befragung und Belehrung des Beschuldigten ist ein rechtsstaatliches und justizförmiges Verfahren nicht denkbar. Da die diesbezüglichen gesetzlich geregelten Pflichten der Subjektstellung des Beschuldigten nicht immer entsprechen, müssen sie durch nicht ausdrücklich normierte Fürsorgepflichten ergänzt werden. Dies hat der Gesetzgeber für den Bereich des Zivilprozesses erkannt und in § 139 ZPO ausdrücklich eine Frage-, aber auch Hinweis- und Belehrungspflicht statuiert, die in allgemeiner Form neben die gesetzlich im einzelnen geregelte Aufklärungspflicht tritt. In der Strafprozeßordnung fehlt eine derartige Vorschrift.

Die genannten Pflichten gelten aber ebenfalls für das Strafverfahren. Dies geht für alle Fürsorgepflichten schon aus dem Grundgesetz und der Menschenrechtskonvention hervor, wie im zweiten Kapitel dargestellt wurde. Daneben ergeben sich die Frage-, Hinweis- und Belehrungspflichten vor allem aus den §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2[1], aber auch aus § 238 Abs. 1 i.V.m. der analogen Anwendung des § 139 ZPO[2]. Die auf diesen Vorschriften beruhende Verpflichtung, zum Zwecke der Erforschung der materiellen Wahrheit selbständig und unabhängig tätig zu werden, zwingt das Gericht zu einer umfassenden Ermittlungstätigkeit, auch wenn sich der jeweilige

---

1) Zu Inhalt und Bedeutung dieser Norm s.o. S. 42f.
2) Vgl. Sarstedt JR 54, 431; RG 57, 147; Alsberg-Nüse S. 401. Nüse bezieht sich zunächst nur auf die Fragepflicht; aus seinen Darlegungen auf S. 402f. ergibt sich jedoch ebenfalls eine Bezugnahme auf die Hinweis- und Belehrungspflicht. Vgl. ferner Müller-Sax Einl. 13 I b und § 244 Anm. 3

Angeklagte schon in eigener Initiative um eine Aufklärung bemühte.

Nüse[1] hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, daß die Pflicht, im Interesse des Beschuldigten die Wahrheit zu ermitteln, sinngemäß als Minus die Verpflichtung einschließt, ihm, soweit er selbst zu diesem Zweck tätig geworden ist, auf jeden Fall behilflich zu sein. Aus den §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 und 238 Abs. 1 leitet sich demgemäß eine allgemeine Pflicht des Richters ab, durch Fragen, Belehrungen und Hinweise den Beschuldigten zu Prozeßhandlungen anzuregen und zu unterstützen.

Derartige Fürsorgepflichten treffen auch jeden Staatsanwalt und Beamten der Kriminalpolizei im Vorverfahren. Dort haben diese Pflichten jedoch weniger Bedeutung und können die Revision nicht begründen, da der Beschuldigte in der Hauptverhandlung noch Gelegenheit hat, einerseits von sich aus die Anklage zu entkräften und andererseits mit Hilfe von Befragungen und Belehrungen des Richters seine Interessen zu wahren.

Die Frage-, Hinweis- und Belehrungspflichten durch das Gericht sind im weitesten Umfang wahrzunehmen, um der materiellen Wahrheit näherzukommen. Allerdings ist dem Gericht bei dieser Tätigkeit e i n e Grenze gesetzt: der Angeklagte darf nicht zu einer Einlassung gezwungen werden, da es ihm gem. § 136 Abs. 1 freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen.

I. Fragepflichten

Die nicht normierten Fragepflichten haben ihre hauptsächliche Bedeutung für den Bereich der Beweiserhebungen i.S.d. § 244 Abs. 2. Daneben sind sie aber auch bei der Nachtragsklage

---

1) Alsberg-Nüse S. 401

(§ 266) und der falschen Rechtsmittelbezeichnung (§ 300) nicht ohne Gewicht.

1.) Fragepflichten hinsichtlich von Beweismitteln

a) Frage nach weiteren Beweismitteln und deren Konkretisierung

Die Konsequenz aus dem oben Gesagten führt zunächst zu der Fürsorgepflicht des Gerichts, den Angeklagten nach weiteren Beweismitteln zu befragen. Dies ist jedenfalls immer dann erforderlich, wenn sich die Unzulänglichkeit der durchgeführten Beweisaufnahme herausstelle oder der Angeklagte Schutzbehauptungen geltend macht, die mit den bisherigen, dem Gericht bekannten Beweismitteln nicht zu beweisen sind[1) 2)]. Soweit die erfragten Beweismittel nicht offensichtlich untauglich sind oder offenbar nur eine Prozeßverschleppung beabsichtigen, sind sie zu erheben, um die Wahrheit zu ermitteln und keine Möglichkeit zu verabsäumen, dem Angeklagten zu entlastenden Beweisen zu verhelfen.

Eine weitere Konsequenz der obigen Ausführungen ist in der Verpflichtung des Vorsitzenden zu sehen, den Angeklagten nach einer Konkretisierung der Beweisanträge zu befragen. Soweit diese Anträge unklar, unvollständig oder mehrdeutig sind, darf das Gericht sie nicht einfach in der Meinung ablehnen, der Angeklagte sei zu einer Beweisführung nicht in der Lage. Die Mangelhaftigkeit kann immerhin darin liegen, daß der Antragsteller etwa aus Ungeschick, Versehen oder ungenügender Uberlegung den Beweisantrag nicht so genau abgegeben hat. Dazu führt schon das Reichsgericht[3)] treffend aus: "Wenn Feststellungen über Tatumstände, die am besten

---

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 244 Anm. III 2; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 244 Rdn. 7

2) Eine generelle Befragung des Angeklagten auch für den Fall, daß die Beweisaufnahme eindeutig ist und er keine neuen Behauptungen vorbringt, ergibt sich schon aus §§ 257, 258, s.o. S.62f.

3) RG 76, 82 (86)

dem Angeklagten selbst bekannt sein müssen, getroffen werden, ohne daß der Angeklagte ... sich dazu äußern (konnte), so bleibt ... eine beachtliche Erkenntnisquelle ... ungenutzt; dadurch wird die Gefahr vergrößert, daß das Gericht ... zu unzutreffenden Feststellungen gelangt. Das Gericht muß ... diese Gefahr mit allen zu Gebote stehenden Hilfsmitteln zu vermeiden suchen." Daher muß das Gericht durch Befragen des Angeklagten versuchen, den Antrag zu vervollständigen und den Sinngehalt zu klären[1]. Selbst wenn weder die zu beweisende Tatsache noch die Zeugen konkret angegeben sind und der Beweisantrag inhaltlich zunächst nur die Merkmale eines Beweisermittlungsantrages aufweist, in dem er z.B. lediglich die "Vernehmung weiterer Zeugen" fordert, ist die Fragepflicht des Gerichts anzunehmen[2]. Desgleichen ist der Vorsitzende verpflichtet, nach dem Namen eines Zeugen[3] und dem Zweck des Antrages[4] zu fragen, sofern diese Angaben fehlen, oder die Unterlagen eines Antrages zu erkunden[5], um zu prüfen, ob der Beweisantrag zur Aufklärung beitragen kann.

Neben der Unterstützungspflicht für den Angeklagten besteht, wie in allgemeiner Form oben[6] bereits dargelegt wurde, die Fragepflicht auch gegenuber dem Verteidiger[7].

Nur in dieser umfassenden Weise wird das Gericht seiner fürsorglichen Fragepflicht in bezug auf Beweisanträge und damit der Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 gerecht. Es

---

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 244 Anm. IV 6; Müller-Sax § 244 Anm. 3; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 244 Rdn. 9; Alsberg-Nüse S. 402; BGH VRS 7, 54; GA 1960, 315; NJW 51, 573; BayObLG 1949, 49 (56); OLG HESt 1, 142; OGHSt 2, 352; OLG Celle GA 1962, 216; RG 76, 364 (366).
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; RG 76, 564 (366)
3) Vgl. Alsberg-Nüse a.a.O.
4) Vgl. RG JW 1914, 432 (Nr. 51)
5) Vgl. RG GA 71, 131
6) S.o.S.36ff.
7) RG 76, 364 (366); BayObLG 1949, 49 (56); OLG Kiel HESt 1, 142

darf von der Verpflichtung zur Befragung des Antragstellers erst abgehen, wenn ersichtlich ist, daß das von diesem Gewollte nicht beweisbar ist oder weitere Fragen zwecklos sind[1].

b) Frage nach dem Einverständnis für das Absehen von Beweiserhebungen

Soweit von der Erhebung einzelner präsenter Beweis~~mittel~~ abgesehen werden soll, besteht eine Fürsorgepflicht des Gerichts darin, den Angeklagten (und auch den Staatsanwalt) zu befragen, ob er damit einverstanden ist. Diese Verpflichtung ergibt sich aus den oben genannten Vorschriften, geht speziell aber aus § 245 Satz 3 hervor.

Die Frage nach einem Verzicht ist immer an den Angeklagten selbst zu richten, auch wenn ihm ein Verteidiger zur Seite steht. Verzichtet der Verteidiger als Vertreter des Angeklagten auf die Erhebung der Beweis~~mittel~~, so kann allerdings, wenn der Angeklagte zugegen ist und keinen Widerspruch erhebt, der Verzicht so angesehen werden, als ob ihn der Angeklagte selbst erklärt hätte, da das Einverständnis des Angeklagten daraus zu folgern ist[2].

Wird befugt in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt, ist der abwesende Angeklagte ebenfalls zu befragen und sein Einverständnis einzuholen[3]. Dafür spricht nicht nur der klare Gesetzeswortlaut, von dem das Gesetz für einen abwesenden Angeklagten keine Ausnahme zuläßt. Der Angeklagte muß und soll sich mit seiner Verteidigung auch auf die veränderte Situation, hier also auf den Wegfall eines präsenten Beweismittels, einrichten können[4]. Der in der Hauptverhandlung abwesende Angeklagte verzichtet mit seiner

---

1) Vgl. Alsberg-Nüse S. 403; RG 51, 42; 38, 27 (28); JW 1922, 813 (Nr. 5)
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 245 Anm. 5 c; Eb.Schmidt Lehrk. II § 245 Rdn. 17; Kleinknecht § 245 Anm. 5; Peters S. 261; RG 1, 198; 16, 376 (377)
3) Vgl. Müller-Sax § 245 Anm. 5 c; (a.A. Vorauflage); Kleinknecht § 245 Anm. 5; BayObLG JZ 64, 328f. mit zust. Anmerkung von Kleinknecht
4) Vgl. Kleinknecht JZ 64, 329

Abwesenheit keinesfalls auf die ihm zustenenden Rechte. Sowohl er als auch das die Abwesenheit genehmigende Gericht gehen vielmehr an Hand konkreter Gesichtspunkte von einer bestimmten Tatsachen- und Rechtslage aus, wie aus § 233 hervorgeht. Ändert sich diese Lage, über die er vorher von einem beauftragten Richter im einzelnen belehrt wurde, so ist der Angeklagte davon in Kenntnis zu setzen bzw. nach seinem Einverständnis zu befragen. Diese Regelung trifft uneingeschränkt für einen unverteidigten, grundsätzlich aber auch für einen verteidigten Angeklagten zu.

Eine Ausnahme hiervon könnte jedoch gelten, wenn der Verteidiger eine schriftliche Vollmacht besäße, durch welche er u.a. bevollmächtigt wird, für den abwesenden Angeklagten ggf. auf die Erhebung präsenter Beweismittel zu verzichten. Dann wäre er nicht nur Verteidiger, sondern hätte ebenfalls die davon zu unterscheidende Funktion eines Vertreters im Willen (vgl. § 234). Er könnte somit befugt sein, auch in Abwesenheit des Angeklagten Willenserklärungen in dessen Namen und mit Wirkung für und gegen ihn abzugeben[1]. Für eine solche Vertretungsmacht in bezug auf den hier behandelten Fall läßt sich anführen, daß die Nichterhebung eines präsenten Beweises für den Angeklagten von geringerer Bedeutung ist als etwa eine Klageänderung i.S.d. § 265, da nicht das gesamte Verfahren dadurch verändert wird. Im übrigen ist das Absehen von der Verwendung eines (präsenten) Beweismittels ohnehin nur zulässig, wenn das Gericht im Rahmen seiner Wahrheitsforschungspflicht die Verwendung nicht nach § 244 Abs. 2 für erforderlich hält. Das Gericht muß daher befugt sein, die Frage nach einem Verzicht auf die Verwertung präsenter Beweismittel ebenso an den bevollmächtigten Verteidiger zu stellen, ohne die Fürsorgepflicht zu vernachlässigen[2].

---

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 234 Anm. 4; Müller-Sax § 234 Anm. 2 + 3; Peters S. 261; RG 66, 211

2) Vgl. Kleinknecht § 234 Anm. 3; OLG Hamm NJW 54, 1856; offengelassen von BayObLG JZ 64, 328 (329) mit bejahender Tendenz

Die Pflicht, den Angeklagten bzw. dessen Verteidiger nach einem solchen Verzicht zu fragen, kann ausnahmsweise einmal entfallen, wenn er aus dem Verhalten der Prozeßbeteiligten hervorgeht. Diese stillschweigende Einverständniserklärung ist aber nur dann anzunehmen, wenn die gesamten Umstände z w e i f e l s f r e i auf den genannten Willen des Angeklagten schließen lassen[1]; diese Umstände müssen sich aus der Sitzungsniederschrift ergeben. Allein in der Tatsache, daß der Angeklagte keinen Antrag stellt, die präsenten Beweismittel gleichwohl zu erheben, oder daß er gegen die Unterlassung der Beweiserhebung keinen Widerspruch erhebt, kann ein Einverständnis nicht gesehen werden[2]. In diesen Fällen ist das Gericht nach wie vor verpflichtet, sich durch eine an den Angeklagten und die übrigen Prozeßbeteiligten gerichtete Frage zu überzeugen, ob sie damit einverstanden sind, daß bestimmte präsente Beweise nicht erhoben werden[3].

2.) Fragepflichten hinsichtlich einer Nachtragsanklage

Eine weitere Fürsorgepflicht des Gerichts ist darin zu sehen, den Angeklagten nach seiner Zustimmung zu fragen, falls der Staatsanwalt in der Hauptverhandlung die Anklage auf weitere Straftaten erstrecken will (Nachtragsanklage). Die Pflicht zu einer derartigen Befragung hat ihre Grundlage außer in den bereits herangezogenen Normen[4] speziell in § 266 Abs. 1.

Um die Zustimmung des Angeklagten zu der Einbeziehung der Nachtragsanklage zu erlangen, ist dieser aus den gleichen Gründen wie in dem Fall eines Verzichtes auf präsente Beweismittel unbedingt s e l b s t zu befragen[5]. Sofern die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten erfolgt, ist die Frage desgleichen an ihn persönlich zu richten.

---

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 245 Anm. 5 c; Müller-Sax § 245 Anm. 5 c; Eb. Schmidt Lehrk. II § 245 Rdn. 17; Kleinknecht § 245 Anm. 5; RG 64, 339 (341); OGHSt 1, 133 (135)
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Müller-Sax a.a.O.
3) Vgl. RG 4, 398 f ; JW 1922, 1585; OGHSt 1, 133 (135)
4) S. 109ff.
5) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 266 Anm. 3 c; Eb. Schmidt Lehrk.II § 266 Rdn. 15

Die Befragung eines mit schriftlicher V o l l m a c h t versehenen Verteidigers (i.S.d. § 234) anstelle des abwesenden Angeklagten ist hier - im Gegensatz zu der Frage nach einem Verzicht auf präsente Beweismittel - ausnahmslos unzulässig[1]. Dieser strenge Standpunkt ergibt sich daraus, daß durch die Nachtragsanklage das gesamte Verfahren wesentlich verändert wird. Der Angeklagte wird in hohem Maße neuem belastenden Material ausgesetzt. Durch das Zustimmungserfordernis soll er in die Lage versetzt werden, seine Verteidigung auch gegen die neuen Belastungen vorzubereiten und zu führen. Wegen der großen Bedeutung der Zustimmung zu der Nachtragsanklage ist er nur höchstpersönlich zu befragen.

Aus den gleichen Erwägungen ist auch eine konkludente Zustimmung ausgeschlossen. Der Angeklagte muß der Einbeziehung immer ausdrücklich und unzweideutig zustimmen. Es genügt nicht, wenn er zu dem Antrag der Staatsanwaltschaft schweigt, keine Einwendungen erhebt oder sich auf die zusätzliche Anklage einläßt[2].

3.) Aufklärungsfragen bei irrtümlicher Rechtsmittelbezeichnung

Eine fürsorgliche Fragepflicht des Gerichts muß schließlich noch angenommen werden, wenn das eingelegte Rechtsmittel irrtümlich bezeichnet worden ist.

Gem. § 300 ist ein solcher Irrtum in der Erklärung der Rechtsmittelbezeichnung als unschädlich anzusehen. Es gilt vielmehr das wirklich Gewollte. Das ist von Amts wegen festzustellen. Diese Regelung ist auch für den Fall maßgebend,

---

1) Unstreitig, vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 266 Anm. 3 c; Eb. Schmidt Lehrk. II § 266 Rdn. 15; Kleinknecht § 266 Anm. 2

2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Müller-Sax § 266 Anm. 6; Eb. Schmidt a.a.O. Rdn. 11; Kleinknecht a.a.O.; BayObLG 1953, 1; KG DAR 1956, 334 (335); RG GA 47 (1900), 154 (155)

daß der Rechtsmittelführer das Rechtsmittel gar nicht näher bezeichnet, sondern z. B. erklärt, sich bei der Entscheidung "nicht beruhigen" zu wollen[1].

Häufig wird sich der tatsächliche Wille bezüglich der Art des Rechtsmittels aber nicht ermitteln lassen. Um den Erklärenden gleichwohl zu ihrem Recht zu verhelfen, ist das Gericht zu ihrer Befragung verpflichtet, damit die Anfechtung i.S.d. Erklärenden behandelt werden kann[2].

Für diese fürsorgliche Fragepflicht ist vorauszusetzen, daß mehrere Rechtsmittel in Frage kommen. Dies gilt dann, wenn eine Sprungrevision anstelle der Berufung möglich ist, desgleichen aber, soweit nicht feststeht, ob der Rechtsmittelführer etwa nur Beschwerde gegen die Kostenentscheidung oder Berufung bzw. Revision ge en das gesamte Urteil einlegen will. Kommt nur e i n Rechtsbehelf[3] in Betracht, ist dieser ohnehin trotz falscher Bezeichnung anzunehmen, und es bedarf keiner weiteren Befragung. Eine weitere Voraussetzung liegt darin, daß die Unsicherheit oder der Irrtum des Anfechtenden für das Gericht erkennbar hervortreten muß.

Sofern die Bezeichnung v ö l l i g fehlt und mehrere Rechtsmittel zulässig sind, wird allgemein[4] vertreten, daß die Anfechtung nach Ablauf der Rechtsmittelbegrundungsfrist[5] als Berufung zu behandeln ist. Wegen der

---

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 300 Anm. 1 a; Eb. Schmidt Lehrk. II § 300 Rdn. 2; Müller-Sax § 300 Anm. 3 b

2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 300 Anm. 2 b; Eb. Schmidt a.a.O.; Müller-Sax § 300 Anm. 1; Kleinknecht § 300 Anm. 2; BGH 2, 63 (67); OLG Nürnberg HESt 1, 208 (209)

3) § 300 spricht zwar nur von Rechtsmitteln, gilt aber für alle Rechtsbehelfe; allg. Ansicht, vgl. statt aller Müller-Sax § 300 Anm. 5

4) Vgl. z. B. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 300 Anm. 2 a + d; Müller-Sax § 335 Anm. 3; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 335 Rdn. 4; BGH 2, 63

5) Bis dahin kann sich der Rechtsmittelführer nach heute wohl einhelliger Meinung zusammen mit der Einreichung der Rechtsmittelbegrundung für das eine oder das andere Rechtsmittel entscheiden, vgl. neben den Zitaten auf S. Fußn. 4) besonders Eb. Schmidt a.a.O.; ferner Kleinknecht § 335 Anm. 2 a; Peters S. 554; Henkel S. 374; BGH NJW 54, 687; OLG München NJW 49, 436; Nürnberg HESt 1, 208; Hamm MDR 51, 244

verbleibenden Möglichkeit, die Revisionsinstanz noch in Anspruch zu nehmen, ist die Berufung als Vorteil für den Anfechtenden anzusehen[1], da auch in der Berufungsinstanz die Rechtsfrage geprüft wird. Obgleich hier die Pflicht zur Befragung nicht angenommen wird, ist die Behandlung des unbenannten Rechtsmittels als Berufung ohne weitere Befragung zu befürworten, weil sie den Vorteil des Rechtsmittelführers durchaus wahrt und als (anderweitige) fürsorgliche Regelung zu betrachten ist.

Die Fragepflicht zur Aufklärung irrtümlicher Rechtsmittelbezeichnungen besteht ebenso gegenüber rechtkundigen[2] oder verteidigten Rechtsmittelführern, so wie auch § 300 für solche Anfechtende gilt. Sie sind jedoch sehr viel eher auf ihr Wort festzulegen als Rechtsunkundige oder Unverteidigte; bei ihnen ist eine großzügigere Auslegung geboten.

II. Hinweis- und Belehrungspflichten

Die Fürsorgepflichten dieser Gruppe, die den Beschuldigten in die Lage versetzen sollen, seine Rechte selbst zu verfolgen, müssen besonders umfassend und ausführlich wahrgenommen werden. Die Hinweise und Belehrungen müssen allgemeinverständlich sein und der Geistesverfassung des Beschuldigten entsprechen; ggf. sind die Hinweise zu wiederholen. Das gilt in besonderem Maße für Beschuldigte ohne Rechtsbeistand, damit auch sie über die Bedeutung und die Folgen der von ihnen vorzunehmenden Prozeßhandlungen im Bilde sind.

---

1) Da die Berufung grds. vorteilhafter ist, bestimmt § 335 Abs. 3, daß ein Rechtsmittel, das von der einen Seite als Berufung, von der anderen aber als Sprungrevision vorgebracht wird, als Berufung zu behandeln ist.

2) Als solche kommen nicht nur der verteidigte oder der rechtskundige Verurteilte in Betracht, sondern auch die Staatsanwälte

1.) Vor der Hauptverhandlung beantragte Beweiserhebungen

Bereits vor der Hauptverhandlung hat der Angeklagte gem. § 219 die Möglichkeit, Beweiserhebungen bei dem Vorsitzenden des eröffnenden Gerichts zu beantragen. Der Vorsitzende muß dem Antrag eindeutig stattgeben oder ihn ablehnen. Sofern der Antrag abgelehnt, gar nicht beschieden oder zwar beschieden wird, sich das Gericht an die Zusage des Vorsitzenden aber nicht halten will, erwachsen dem Vorsitzenden innerhalb der Hauptverhandlung einige fürsorgliche Hinweispflichten.

Neben den bereits genannten, für alle Frage- sowie Hinweis- und Belehrungspflichten geltenden Grundnormen - insbesondere § 244 Abs. 2 - ist die Rechtsgrundlage der fürsorglichen Hinweispflichten in §§ 136 Abs. 2, 243 Abs. 4 zu erblicken[1]. Aus diesen Vorschriften geht die Verpflichtung des Vorsitzenden hervor, den Angeklagten auf die veränderte Situation hinzuweisen, damit dieser Gelegenheit hat, sich in seiner Verteidigung darauf einzustellen.

Eine derartige Hinweispflicht muß zunächst dann angenommen werden, wenn der Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt wird, die beantragten Beweistatsachen würden als wahr unterstellt werden. Zu einer solchen Feststellung ist der Vorsitzende allein nicht befugt, da es ihm nicht möglich ist, schon jetzt mit der nötigen Zuverlässigkeit vorauszusehen, was erst die Hauptverhandlung ergeben wird[2]. Darüber kann nur das erkennende Gericht entscheiden. Soweit der

---

1) Vgl. BGH 21, 38 (39)
2) Vgl. BGH 1, 51; RG 75, 165 (167); auch in der Lit. unbestritten, vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 219 Anm. 5 c; Müller-Sax § 219 Anm. 2; Kleinknecht § 219 Anm. 2 b

Vorsitzende gleichwohl den Antrag mit dieser Begründung ablehnt, muß sich der Angeklagte auf diese Zusicherung verlassen können. Den Vorsitzenden trifft daher die Verpflichtung, dem Gericht den Inhalt seines Bescheides mitzuteilen. Macht sich das Gericht die Auffassung des Vorsitzenden nicht zu eigen, muß dieser den Angeklagten darauf hinweisen und ihm Gelegenheit geben, den Beweisantrag erneut zu stellen[1].

Des weiteren ist eine Hinweispflicht zu bejahen, wenn der Gerichtsvorsitzende dem Antragsteller den Bescheid zukommen läßt, über den Antrag werde in der Hauptverhandlung entschieden. Der Vorsitzende ist nicht befugt, die in § 219 genannte "Verfügung" zu unterlassen und sie dem Gericht zu überlassen[2]. Tut er es dennoch, muß der Angeklagte auch hier auf die gegebene Zusage vertrauen können. Es darf nicht sein, daß der gestellte Antrag ohne weiteres fallengelassen und gar nicht mehr erwähnt wird, soweit nicht der Angeklagte von sich aus darauf zurückkommt. Dem Gerichtsvorsitzenden muß man für die Durchführung seines Bescheides eine Art Garantie aufbürden. Er ist folglich verpflichtet, in der Hauptverhandlung dem Gericht den Antrag zu unterbreiten oder den Antragsteller zu belehren, daß er den Antrag

---

1) Vgl. S. 119 Fußn. 1) + 2); ferner Eb. Schmidt Lehrk. II § 219 Rdn. 12; Koeniger S. 181; Alsberg-Nüse S. 182; Peters S. 478

2) Allg. Ansicht, vgl. BGH 1, 286; RG 75, 165 (166); 61, 376; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 219 Anm. 5 a

wiederholen muß[1].

Unterläßt es der Vorsitzende des Gerichts entgegen § 219 vollständig, einen Bescheid zu erteilen, ist es erst recht seine Pflicht, das Gericht mit dem Antrag zu befassen oder den Angeklagten darauf hinzuweisen, daß er den Antrag erneut stellen muß[2].

Sofern in den beiden letzten Fällen der Angeklagte den Antrag nicht aus eigenem Antrieb wiederholt, liegt darin jedenfalls nicht ohne weiteres ein Verzicht. Ein solcher stillschweigender Verzicht ist bei einem nicht verteidigten Angeklagten auszuschließen[3]. Der Angeklagte kann davon ausgehen, daß der Gerichtsvorsitzende pflichtgemäß handelt, also entweder die Verbescheidung des Antrages ihre Richtigkeit hat oder im Falle der Nichtbescheidung der Vorsitzende den Antrag zusammen mit dem Gericht[4] nunmehr berücksichtigen muß und berücksichtigen wird, bevor es eine für den Angeklagten ungünstige Entscheidung trifft. Wird der Antrag von dem Gericht nicht berücksichtigt, kann der Angeklagte erwarten, daß er von dem Vorsitzenden darauf hingewiesen wird. In dem Unterlassen erneuter Antragstellung

---

1) Vgl. Müller-Sax § 219 Anm. 4 a; Eb. Schmidt Lehrk. II § 219 Rdn. 6 a + 11; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Kleinknecht § 219 Anm. 2 a; Alsberg-Nüse S. 182; Koeniger S. 181; Peters S. 478; Schorn Strafrichter S. 177; BayObLG 64, 29 (30); OLG Celle NdsRpfl 59, 89; Hamburg NJW 55, 1938; Köln NJW 54, 46f.; KG JR 50, 567 (568); RG 75, 165 (166); 61, 376

2) Vgl. die Literatur (nicht die Rspr.) unter Fußn. 2)

3) Seit RG 61, 376 einhellige Ansicht in Lit. und Rspr., vgl. z. B. Traub NJW 57, 1095 (1096); Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 219 Rdn. 6 a

4) Die meisten Angeklagten setzen den Gerichtsvorsitzenden ohnehin mit dem "Gericht" gleich

zeigt sich daher nur das gerechtfertigte Vertrauen des Angeklagten zu dem Gericht, nicht aber ein Verzicht.

Das gleiche Ergebnis muß gelten, wenn ein Verteidiger den Beweisantrag gestellt und diesen in der Hauptverhandlung nicht wiederholt hat[1]. Man wird zwar im allgemeinen von dem sachkundigen Verteidiger erwarten können, daß er den Antrag erneut stellt, wenn der Vorsitzende die vor der Hauptverhandlung gegebene Zusage nicht einhält oder den Antrag gar nicht beschieden hat. Jedoch kann die Nichtwiederholung des Antrages ihre Ursache im Vergessen haben; zu einem Verzicht ist aber immer ein dahingehender Wille erforderlich[2]. Weiter ist darauf zu verweisen, daß zuerst der Vorsitzende seine Rechtspflicht aus § 219 vernachlässigt hat. Sein Versehen muß, da er einen Teil des "Gerichts" verkörpert, dem Gericht angelastet werden und wird nicht durch das weitere Versehen des Verteidigers ausgeglichen[3]. Ferner dürfen Versäumnisse des Verteidigers prinzipiell nicht zu Lasten des Angeklagten gehen[4]. Schließlich gebietet die selbständige Wahrheitserforschungspflicht dem Gericht, unabhängig von Beweisanträgen und Antragswiederholungen tätig zu werden[5]. Nur im Unterlassen erneuter Antragstellung ist

---

1) Diese Auffassung war im Ggs. zu heute sehr umstritten. Das RG (vgl. die Rspr.-Übersichten bei Alsberg-Nüse S. 182ff. und Traub NJW 57, 1095ff.) sah in der Nichtwiederholung des Antrages i.d.R. einen Verzicht des Verteidigers

2) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 219 Rdn. 6 a; Traub a.a.O.

3) Vgl. Alsberg-Nüse S. 184f.; Oehler JZ 51, 725; Koeniger S. 181; Traub a.a.O. S. 1097; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 219 Anm. 5 a

4) Peters S. 169; Müller-Sax § 219 Anm. 4 b

5) Darauf weist OLG Köln NJW 54, 46f. hin

daher kein Verzicht des Verteidigers zu sehen. Um ausnahmsweise auf einen Verzicht des Verteidigers schließen zu können, mußten auf jeden Fall noch besondere Umstände hinzutreten[1].

Die oben dargestellten Hinweispflichten des Gerichtsvorsitzenden zur Wiederholung vor der Hauptverhandlung gestellter Beweisanträge gelten demgemäß auch zugunsten Angeklagter mit Rechtsbeistand und konnen nur ausnahmsweise wegen eines stillschweigenden Verzichts des Verteidigers entfallen.

2.) Belehrung bezüglich der Aussetzungsbefugnis nach §§ 265 Abs. 3, 246 Abs. 2

a) Belehrung bezüglich der Aussetzungsbefugnis wegen Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (§ 265 Abs. 3)

Stellt sich im Laufe der Hauptverhandlung heraus, daß sich der rechtliche Gesichtspunkt, wie er sich aus der Anklageschrift ergibt, geändert hat, so ist der Angeklagte auf diese Veränderung hinzuweisen. Gleichzeitig kann er gem. § 265 Abs. 3, um sich in seiner Verteidigung auf diese Veränderung einstellen zu können, die Aussetzung der Hauptverhandlung beantragen. Diese Möglichkeit besteht, sofern neue Umstände i.S.d. Abs. 1 + 2 hervorgetreten sind, die sich zuungunsten des Angeklagten auswirken können, und sofern dieser die neuen Umstände bestreitet. Einem rechtsunkundigen Angeklagten ohne Rechtsbeistand kann aber nicht zugemutet werden, daß er Kenntnis von diesem ihm zustehenden Verfahrensrecht hat und davon sachgemäßen Gebrauch macht.

---

1) I.d.S. auch BGH 1, 284 (286f.), obgleich aus dem Leitsatz auf eine andere Meinung geschlossen werden könnte. Vereinzelt schon das RG (vgl. JW 38, 2736; HRR 39, 816) entgegen seiner in Fußn. 2) (S. 122) an edeuteten Grundhaltung

Daher besteht eine Fürsorgepflicht des Gerichtsvorsitzenden darin, den Angeklagten über seine Aussetzungsbefugnis zu belehren, wenn die Aussetzung bei vernünftiger Verteidigungsführung zu erwarten wäre[1]. In der unterlassenen Antragstellung ohne Belehrung ist demgemäß niemals ein Verzicht des Angeklagten auf die Aussetzung zu erblicken.

Die hier vertretene fürsorgliche Belehrungspflicht des Vorsitzenden des Gerichts geht allgemein aus den oben[2] dargelegten Vorschriften hervor. Diese rechtliche Grundlage wird verstärkt durch die §§ 136 Abs. 2, 243 Abs. 4, wonach dem Angeklagten bei der Vernehmung Gelegenheit zu geben ist, die Verdachtsgründe zu beseitigen und entlastende Umstände geltend zu machen. Diese Gelegenheit kann der Angeklagte nur wahrnehmen, wenn er auch darüber belehrt wird, daß er durch einen Aussetzungsantrag die Änderung der Verteidigungsführung vorbereiten kann.

Vor allem aber ergibt sich diese Belehrungspflicht aus der Zusammenschau von § 265 Abs. 3 mit Abs. 4. Nach Abs. 4, einer normierten Fürsorgepflicht[3], muß das Gericht, wie die Worte "auch sonst" zeigen, jedesmal von Amts wegen prüfen, ob es nicht angemessen ist, die Verhandlung zur Vorbereitung der Verteidigung auszusetzen, falls die verfahrensrechtliche Situation des Abs. 3 vorliegt. Die weitergehende Pflicht des Abs. 4 schließt aber eine Belehrungspflicht bezüglich der Aussetzungsbefugnis des Abs. 3 ein[4].

Diese fürsorgliche Belehrungspflicht hat allerdings grundsätzlich nur gegenüber einem unverteidigten Angeklagten Geltung. Bei einem Verteidiger kann man die Kenntnis von der Aussetzungsbefugnis nach § 265 Abs. 3 und deren Geltendmachung voraussetzen[5].

---

1) I.d.S. Müller-Sax § 265 Anm. 11 c; Eb. Schmidt Lehrk. II § 265 Rdn. 22; Kleinknecht § 265 Anm. 9 D; Henkel S. 337; Koeniger S. 412; Schorn Strafrichter S. 297; RG 57, 147 (148); 65, 246 (248)
2) S. 109 f.
3) S.o. S. 52
4) Eb. Schmidt a.a.O.; RG a.a.O.
5) I.d.S. auch RG a.a.O.; Koeniger a.a.O.

b) Belehrung bezüglich der Aussetzungsbefugnis wegen verspäteter Beweisanträge (§ 246 Abs. 2)

Nach § 222 Abs. 1 haben das Gericht und die Staatsanwaltschaft die nicht in der Anklageschrift benannten Zeugen und Sachverständigen dem Angeklagten rechtzeitig namhaft zu machen. Geschieht das nicht, kann der Angeklagte gem. § 246 Abs. 2 die Aussetzung der Hauptverhandlung zum Zwecke der Erkundigung beantragen. Auch von dieser Antragsberechtigung - ebenso wie von der des § 265 Abs. 3 - hat der Angeklagte i.d.R. keine Kenntnis. Gleichwohl darf er nicht "überrumpelt" werden.

Eine weitere fürsorgliche Belehrungspflicht ist daher darin zu sehen, den Angeklagten zu belehren, daß er wegen der verspätet vorgebrachten Beweismittel die Aussetzung der Hauptverhandlung beantragen kann[1) 2)].

Die Rechtsgrundlage dieser Belehrungspflicht ist neben den oben[3)] dargelegten Vorschriften einschließlich der §§ 243 Abs. 4, 136 Abs. 2 darüber hinaus in § 222 Abs. 1 i.V.m. § 246 Abs. 2 und in der Sachleitungspflicht des Vorsitzenden (§ 238 Abs. 1) zu finden[4)].

§ 222 kann als rechtliche Grundlage allerdings nur herangezogen werden, soweit Zeugen und Sachverständige zu spät benannt werden. Ein Aussetzungsantrag wegen anderer verspäteter Beweismittel ist aber ebenfalls möglich, so daß auch insoweit eine fürsorgliche Belehrungspflicht besteht. Die Rechtsgrundlage dafür ist aus § 265 Abs. 4 i.V.m. § 246 Abs. 2 abzuleiten. § 265 Abs. 4 enthält einen über § 265 hinausgehenden allgemeinen Grundsatz[5)]. Da § 265 Abs. 4 von einer veränderten

---

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 246 Anm. 5; OLG Dresden HRR 1938, Nr. 935
2) Die dem Leitsatz nach entgegenstehende Ansicht des BGH (1,284) ist hier nicht einschlägig, da sich der Leitsatz eindeutig auf den Fall eines Angeklagten mit Rechtsbeistand bezieht (S. 285)
3) S. S. 124
4) Vgl. OLG Dresden a.a.O.
5) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. II § 265 Rdn. 24; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 265 Anm. 9 a; BGH NJW 58, 1736 (1738)

Sachlage ausgeht und auch die verspätet vorgebrachten Beweismittel i.S.d. § 246 Abs. 2, über die keine Erkundigungen mehr eingezogen werden können, eine solche veränderte Sachlage hervorrufen, muß die aus § 265 Abs. 4 herzuleitende Belehrungspflicht auch für § 246 Abs. 2 gelten.

Es besteht also für alle Beweismittel i.S.d. § 246 Abs. 2 die Pflicht des Gerichtsvorsitzenden, den Angeklagten über die Befugnis zur Aussetzung der Hauptverhandlung zum Zwecke der Erkundigung zu belehren[1]. Auch diese Belehrungspflicht kann allerdings nur für Angekagte ohne Rechtsbeistand in Frage kommen. Insoweit trifft das gleiche wie bei § 265 Abs. 3 zu.

3.) Hinweispflicht bezüglich eines Rechtsmittelverzichts, keine sofortige Befragung

a) Allgemeine Grundsätze und Rechtsgrundlagen

Nach vielen Urteilsverkündungen wird der Angeklagte, nachdem er gem. § 35 a über die möglichen Rechtsmittel belehrt worden ist, von dem Vorsitzenden befragt, ob er auf Rechtsmittel verzichte ("Nehmen Sie das Urteil an?") Oftmals resigniert dann der Angeklagte; er gibt übereilt, unüberlegt und ohne Beratung mit seinem Verteidiger unter dem psychischen Druck der Verhandlung und des Urteils eine Verzichtserklärung ab, an der er festgehalten wird. Bei einiger Überlegung und geistiger Verarbeitung der Verzichtsfolgen hätte er diese Erklärung aber keineswegs immer abgegeben.

Daher darf der Vorsitzende den Angeklagten grundsätzlich nicht sofort nach einem Rechtsmittelverzicht befragen. Er muß ihn nur auf die Möglichkeit eines solches Verzichts hinweisen und ihn insbesondere über die Folgen belehren. Auch danach darf er aber den Angeklagten i.d.R. nicht sofort fragen, sondern muß ihm nahelegen, sich den Verzicht zunächst zu überlegen

---

1) Im Ergebnis ebenso Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 246 Anm. 5

oder sich ggf. mit seinem Verteidiger zu beraten.

Demgemäß warnt Nr. 140 Abs. 2 RiStBV den Vorsitzenden ausdrücklich davor, den Angeklagten in jedem Fall sofort zu befragen. Desgleichen besteht in der Literatur und der Rechtsprechung des BGH weitgehend Einigkeit darüber, daß es "unangebracht"[1] oder "völlig verfehlt"[2] sei, den unter der Wirkung des Urteils stehenden Angeklagten sogleich zu fragen, ob er das Urteil annehmen wolle[3], da bei dieser Fragestellung leicht der Eindruck entstehen könne, daß sich der Richter arbeitsmäßig entlasten wolle[4]. Von anderen wird betont, daß der Angeklagte nur dann nach einem Rechtsmittel befragt werden dürfe[5], wenn er ein besonderes Interesse - etwa bezüglich des § 450 - an einem sofortigen Rechtsmittelverzicht habe[6].

Zu weit geht allerdings der Vorschlag Stratenwerths[7], "bei außerhalb der Hauptverhandlung abgegebenen Rechtsmittelerklärungen die Protokollierung in der Sitzungsniederschrift nicht mehr als ausreichend anzusehen", auch nicht in der Form des § 273 Abs. 3 (Verlesung und Genehmigung des Protokolls). Es ist in vielen Fällen möglich, daß der Angeklagte selbst ein Interesse an einem sofortigen Rechtsmittelverzicht hat. Dieses Interesse kann im Hinblick auf § 450 vorliegen, falls sich

---

1) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 268 Anm. 11
2) Schorn Strafrichter S. 308
3) Vgl. ferner Müller-Sax § 302 Anm. 3; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 302 Rdn. 3; Kleinknecht § 302 Anm. 4; Koch JR 64, 255; H.W. Schmidt NJW 65, 1210 (1211); Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 302 Anm. 4; BGH 18, 257 (261), 19, 101 (103)
4) Schorn a.a.O.; Peters S. 407. Bei einem sofortigen Rechtsmittelverzicht besteht die Möglichkeit einer abgekürzten Urteilsbegründung, vgl. § 267 Abs. 4
5) Nach § 450 ist die Anrechnung der Untersuchungshaft, die der zu einer zeitigen Freiheitsstrafe Verurteilte seit dem Rechtsmittelverzicht erhalten hat, zwingend vorgeschrieben. Bei einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe liegt in dem Rechtsmittelverzicht dagegen keinerlei Vorteil, vgl. BGH 19, 101 (103)
6) BGH 19, 101 (103); 18, 257 (261); Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 9 Anm. 4 (S. 76)
7) JZ 64, 264 (265)

der Angeklagte in Untersuchungshaft befindet, aber auch dann, wenn er sich bisher auf freiem Fuße befunden hat und nur durch einen sofortigen Rechtsmittelverzicht eine drohende Verhaftung wegen Verdunkelungsgefahr verhindern kann. Richtiger erscheint daher, die Protokollierung des Verzichts in der Sitzungsniederschrift ausreichen zu lassen, den Vorsitzenden aber zu verpflichten, die Frage nach einem Rechtsmittelverzicht nur bei der geschilderten Interessenlage zu stellen.

Die rechtliche Grundlage dieser Fürsorgepflicht geht weniger aus der Aufklärungspflicht[1] des Gerichts hervor. Sie ist vielmehr in erster Linie in dem aus dem Rechtsstaatssatz und der Menschenrechtskonvention folgenden Grundsatz eines fairen Verfahrens[2] und des Vertrauensschutzes[3] zu finden. Der Gedanke der prozeßrechtlichen Fairneß gebietet es, auf die Interessenlage des Angeklagten und die Zumutbarkeit eines sofortigen Rechtsmittelverzichts abzustellen[4]. An der Zumutbarkeit wird es i.d.R. fehlen, wenn dem Angeklagten nach der starken seelischen Belastung einer längeren Verhandlung und der darauf folgenden Urteilsverkündung sofort eine so weitreichende Erklärung abverlangt wird, ohne daß ihm Zeit zur Überlegung oder Beratung mit seinem Verteidiger gegeben wird. Etwas anderes gilt, wenn der sofortige Rechtsmittelverzicht dem Interesse des Verurteilten entspricht, etwa weil es für ihn hinsichtlich des § 450 von Vorteil ist. Das Abstellen auf die Interessenlage und die Zumutbarkeit gilt umso mehr, als der Wille des Gesetzes dem keineswegs entgegensteht. Nach §§ 314, 341 beträgt die Rechtsmittel- und somit die Überlegungsfrist eine Woche; das ist der Regelfall. Der gem. § 302

---

1) Bedeutungslos ist die Aufklärungspflicht nach § 244 aber nicht, da u.a. aus ihr eine Unterstützungspflicht für alle Prozeßhandlungen des Angeklagten - auch nach dem Urteilsspruch - abzuleiten ist.
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 9 Anm. 4 (S. 76)
3) Oehler JZ 63, 227
4) Darauf stellen u. a. ab BGH 19, 101 (103); 18, 257 (261); OLG Hamburg NJW 64, 1039; Schorn Strafrichter S. 308

mögliche sofortige Rechtsmittelverzicht stellt dagegen eine Ausnahmebestimmung dar.

Daneben ergibt sich die hier genannte Fürsorgepflicht auch aus dem Grundgedanken des § 136 a[1]. Eine entsprechende und bis in die Einzelheiten an die Regelung dieser Vorschrift anschließende Anwendung scheidet schon deshalb aus, weil hier keines der in § 136 a genannten Beeinflussungsmittel in Betracht kommt. Der Vorsitzende täuscht den Angeklagten nicht durch (irrtümlich) falsche Belehrungen oder droht ihm nicht mit rechtswidrigen Zwangsmaßnahmen[2]. Zumindest eine Mitberücksichtigung der G r u n d g e d a n k e n des § 136 a muß aber möglich sein[3], da unter den Begriff "Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung" ebenso Erklärungen bei der Vernehmung wie bei einem Rechtsmittelverzicht fallen[4]. Als Auswirkung der oben angesprochenen verfassungsrechtlichen Grundsätze soll durch § 136 a einer Beeinträchtigung des Willens im weitesten Sinne vorgebeugt werden. Diese Vorschrift soll jede "Ausnutzung" der psychischen Situation eines Angeklagten verhindern, gleichgültig, ob diese Ausnutzung

---

1) Vgl. BGH 19, 101 (103); Müller-Sax § 136 a Anm. 8 (S. 476); H.W. Schmidt NJW 65, 1210 (1211); Koch JR 64, 255. Vgl. auch Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 302 Rdn. 3 (S.469).Gegen die Heranziehung auch des Grundgedankens aus § 136 a Oehler JZ 63, 227 und Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 9 Anm. 4, die stattdessen nur auf den Vertrauensschutz bzw. die prozeßrechtliche Fairneß abstellen wollen.

2) Nur auf diese Fälle und nicht auf die hier behandelte Fürsorgepflicht stellt aber Sarstedt in Löwe-Rosenberg § 136 a Anm. 9 ab, der für diese Handlungen der Rechtspflegeorgane die Anwendung des § 136 a ablehnt und dafür § 123 BGB entsprechend anwenden will. Ebenso Feldmann NJW 60, 210 (211), der jedoch generell jede Rechtsmittelerklärung für gültig halten will.

3) I.d.S. auch BGH 17, 14 (18) entgegen seinem anderslautenden Leitsatz. Der BGH wendet sich lediglich dagegen, daß § 136 a unmittelbar und mit allen Einzelheiten angewendet wird, läßt aber als Ausnahme von der unbedingten Gültigkeit der Rechtsmittelverzichtserklärungen die Mitberücksichtigung der Grundgedanken des § 136 a zu, sofern "Gründe der Gerechtigkeit" dies erfordern.

4) Vgl. Müller-Sax a.a.O.; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd.1) § 136 a Rdn. 3; Koeniger S. 9f.

Ausnutzung bewußt oder - wie im Regelfall - unbewußt erfolgt[1]. Die sofortige Frage nach einem Rechtsmittelverzicht, die dem Verurteilten keinen Raum für Überlegungen oder Beratungen mit dem Verteidiger läßt, muß in diesem Sinne als "Ausnutzung" und unzulässige Einwirkung angesehen werden, sofern nicht der Angeklagte ein Interesse an einem baldigen Rechtsmittelverzicht hat[2].

Die Pflicht des Vorsitzenden, dem Angeklagten nahezulegen oder zumindest Gelegenheit zu geben, sich vor einem Verzicht mit seinem Verteidiger zu beraten, ergibt sich zudem aus dem Recht des Angeklagten, sich in jeder Lage des Verfahrens eines Rechtsbeistandes zu bedienen (§ 137). Dieses Recht würde unterhöhlt, wenn der Angeklagte unter Ausschaltung oder Umgehung seines Verteidigers zu einer sofortigen Verzichtserklärung gedrangt und daran festgehalten würde. In schwereren Fällen, in denen ein Verteidiger notwendig ist, gilt diese Verpflichtung desgleichen gem. § 140[3]. Der Sinn dieser Vorschrift ist darin zu sehen, daß es dem Angeklagten wegen des hier regelmäßig vorliegenden schweren Tatvorwurfs und der großen seelischen Belastung durch die Verhandlung und das Urteil nicht zugemutet werden kann, ohne Verteidiger vor Gericht aufzutreten und Erklärungen abzugeben. Nur die genannte Fürsorgepflicht wird aber dem Sinn dieser Regelung gerecht.

b) Die Fürsorgepflicht im Einzelfall

In den folgenden Ausführungen soll unter Zugrundelegung der Rechtsgrundlagen systematisch dargelegt werden, in welchen Fällen die Fürsorgepflicht dem Gericht gebietet, die Frage nach einem Rechtsmittelverzicht n i c h t zu stellen, sondern dem Angeklagten nahezulegen, sich den Verzicht zu überlegen bzw. mit seinem Verteidiger zu besprechen. Dabei kommt

1) Vgl. Koch JR 64, 255; Mölders NJW 60, 211 (212)
2) Vgl. BGH 19, 101 (104)
3) I.d.S. BGH a.a.O.

es entscheidend darauf an, ob der Angeklagte von einem Rechtsbeistand beraten wird oder nicht. Weitere Gesichtspunkte sind in dem Interesse des Angeklagten an einem sofortigen Verzicht zu sehen, ferner darin, ob er sich in Untersuchungshaft befindet und ob die Strafe zur Bewährung ausgesetzt wird.

(1) Wird der Angeklagte von einem Rechtsbeistand verteidigt, ist der Vorsitzende a u s n a h m s l o s verpflichtet, die sofortige Befragung zu unterlassen und den Angeklagten darauf hinzuweisen, daß er zunächst den Rat seines Verteidigers einholen solle. Für den Fall einer notwendigen Verteidigung wird dies unter dem Gesichtspunkt der bereits dargelegten Rechtsgrundlage (§ 140) vom BGH[1] und - ihm folgend - von der Literatur[2] anerkannt. Diese Verpflichtung des Vorsitzenden muß aus den oben genannten Gründen ebenfalls angenommen werden, wenn es sich bei dem Rechtsbeistand nicht um einen "notwendigen Verteidiger" handelt[3].

Sofern der Angeklagte durch den Verzicht keinerlei Vorteil erlangt, etwa weil sich die Anrechnung der Untersuchungshaft gem. § 450 bei einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe nicht auswirkt, sollte der Vorsitzende den Rechtsmittelverzicht gar nicht erst zur Sprache bringen. Falls er gleichwohl auf diese Möglichkeit hinweist, wird er seiner Fürsorgepflicht jedoch gerecht, wenn er dem Angeklagten die Beratung mit dem Verteidiger nahelegt und erst danach die Erklärung entgegennimmt. Besteht andererseits ein Interesse an einem vorzeitigen Verzicht, ist dem Angeklagten desgleichen am besten damit gedient, daß er auf die Beratung seines Rechtsbeistandes verwiesen wird. Angeklagter und Verteidiger können dann selbst die Vor- und Nachteile

---

1) BGH 19, 101 (103); 18, 257
2) s. o. 127 Fußn. 3
3) Vgl. BGH 18, 257 (260)

eines Verzichts gegeneinander abwägen und sich in eigener Verantwortung entscheiden.

Die hier angesprochene Fürsorgepflicht, dem Angeklagten die Aussprache mit seinem Verteidiger zu ermöglichen, ist weit auszulegen. Sie gilt auch dann noch, wenn der Verurteilte aufgrund einer (unzulässigen) sofortigen Frage des Vorsitzenden eine übereilte Verzichtserklärung abgibt. Greift daraufhin der Verteidiger ein, um den Widerruf dieser Erklärung zu erreichen, darf der Vorsitzende einen Rechtsmittelverzicht nur annehmen, wenn der Angeklagte den Verzicht ausdrücklich aufrechterhält[1]. Widerspricht oder schweigt der Verurteilte dagegen, ist dies für einen Verzicht nicht ausreichend; es fehlt dann an notwendigen Eindeutigkeit und Bestimmtheit des Rechtsmittelverzichts[2].

Die Bedenken Stratenwerths[3] und H. W. Schmidts[4], daß der Angeklagte dadurch unter die Vormundschaft seines Verteidigers geraten und Prozeßhandlungen nicht mehr selbständig vornehmen könne, sind als unbegründet anzusehen. Auch wenn der Verteidiger eingreift, kann der Angeklagte ohne weiteres auf seiner Verzichtserklärung beharren. Seine dahingehende Erklärung muß nur völlig eindeutig sein, um bei dieser wichtigen Prozeßhandlung jeden Zweifel auszuschließen[5].

Soweit der Verteidiger, dessen Mandant ohne Rücksprache mit ihm vorschnell eine Verzichtserklärung abgegeben hat, erkennbar der Meinung ist, er könne gegen den Verzicht nichts mehr unternehmen, gebietet die Fürsorgepflicht dem Gericht ebenfalls, diese irrige Ansicht richtigzustellen. Der Vorsitzende muß dem Verteidiger in diesem Fall noch

---

1) I.d.S. BGH 18, 257; vgl. auch BGH 19, 101 (104)
2) Vgl. Peters S. 231; BGH 18, 257 (261)
3) JZ 64, 264 (265)
4) NJW 65, 1210 (1211)
5) Vgl. BGH 18, 257 (261), der davon ausgeht, daß die Verzichtserklärung nur dann keine Wirkung hat, wenn es nach dem Eingreifen des Verteidigers zu "keiner völlig unmißverständlichen Erklärung im einen oder im anderen Sinne" kommt.

Gelegenheit geben, seinen Mandanten zu beraten, und darf nur die darauf folgende Erklärung des Angeklagten berücksichtigen.

(2) Hat der Angeklagte keinen Rechtsbeistand, handelt es sich bei den abzuurteilenden Straftaten nur um Vergehen leichterer Art[1]. Bei diesen kann es im Einzelfall zulässig sein, dem Angeklagten am Anschluß an die Urteilsverkündung die Frage nach einem Rechtsmittelverzicht zu stellen, vorausgesetzt, daß er ein I n t e r e s s e an dem Verzicht hat. Für eine solche Frage ist allerdings auch nur dann Raum, wenn der Vorsitzende den Angeklagten in verständlicher Form und ausführlich über die Rechtsfolgen des Verzichts belehrt und alles vermeidet, was als Druckmittel auf den Verurteilten anzusehen ist.

Befindet sich der Angeklagte in Untersuchungshaft, liegt ein beschleunigter Rechtsmittelverzicht in seinem Interesse, da die Anrechnung der seit dem Verzicht erlittenen Untersuchungshaft gem. § 450 zwingend vorgeschrieben ist. Hier kann dem Verurteilten eine schnelle, durch die Belehrung aber überlegte Entscheidung zugemutet werden. Der so bewirkte Rechtsmittelverzicht ist daher nicht unzulässig.

Befindet sich der Angeklagte dagegen bei der Urteilsverkündung noch auf freiem Fuß und wird zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, die nicht zur Bewährung ausgesetzt wird, hat der Rechtsmittelverzicht nur Nachteile für ihn. Ihm fehlt daher das Interesse an einer sofortigen Entscheidung über die Rechtsmitteleinlegung, so daß schon die Frage nach einem Verzicht eine unzulässige Einwirkung darstellt. Wenn der Vorsitzende bei dieser Sachlage den Verzicht überhaupt anspricht, muß er den Verurteilten auf jeden Fall über die negativen Folgen belehren und ihm eine reifliche Überlegung empfehlen. Etwas anderes gilt jedoch wiederum, wenn der

---

1) In schwereren Fällen ist die Mitwirkung eines Verteidigers immer notwendig, vgl. § 140 Abs. 1 Nr. 1 + 2 und vor allem auch Abs. 2

Verurteilte nur durch einen sofortigen Rechtsmittelverzicht eine drohende Verhaftung wegen Verdunkelungsgefahr verhindern kann. Diese würde mit der Rechtskraft[1] entfallen.

Wird die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt, bringt der Verzicht dem Angeklagten keinen Vorteil, aber auch keinen Nachteil. Bei diesen leichten Strafsachen kann es dem Angeklagten zugemutet werden, die (zulässige) Frage des Vorsitzenden nach einem sofortigen Rechtsmittelverzicht zu beantworten.

Das gleiche gilt, wenn der Angeklagte nur zu einer Geldstrafe verurteilt wird, da sich hierbei die Verzichtsfolgen bei weitem nicht so einschneidend auswirken wie bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe.

c) Obligatorische Anrechnung der Untersuchungshaft de lege ferenda

Um dem Angeklagten einen besseren Schutz vor übereilten Rechtsmittelerklärungen zuteil werden zu lassen, sollte § 450 de lege ferenda geändert werden. Für Angeklagte, die sich in Untersuchungshaft befinden, zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden und k e i n e Rechtsmittel einlegen, ist vorzuschlagen, daß die einwöchige Rechtsmitteleinlegungsfrist ausnahmslos auf die Strafe angerechnet wird. Der Verurteilte könnte sich dann einen Rechtsmittelverzicht reiflich überlegen, ohne Nachteile in Kauf nehmen zu müssen, und hätte in den meisten Fällen kein Interesse an einem sofortigen Verzicht. Auf diese Weise wäre es dem Vorsitzenden ebenfalls verwehrt, im Interesse des Angeklagten auf einen Rechtsmittelverzicht hinzuwirken.

Zusammen mit dieser Änderung sollte die Rechtsmittelbelehrung so erweitert werden, daß der Verurteilte auf die obligatorische Anrechnung der Untersuchungshaft hinzuweisen ist.

---

1) Wenn auch der Staatsanwalt auf Rechtsmittel verzichtet

3. Teil Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen Fürsorgepflichten

Die Rechtsfolgen, die an dieser Stelle untersucht werden sollen, betreffen die Nichtbeachtung der n i c h t n o r m i e r t e n Fürsorgepflichten.

Da sich letztlich alle Fürsorgepflichten aus den Grundrechten und den ihnen gleichgestellten Verfassungsnormen ableiten[1], kommt bei ihrer Verletzung als Rechtsfolge eine Verfassungsbeschwerde in Betracht[2]. Bevor jedoch das Bundesverfassungsgericht angerufen werden kann, ist der ordentliche Rechtsweg auszuschöpfen (§ 90 BVerfGG). Es ist daher zu untersuchen, ob Verstöße gegen die Fürsorgepflichten durch ein ordentliches Rechtsmittel beseitigt werden können und die Revision oder die Beschwerde begründen.

Bei der folgenden Untersuchung wird sich zugleich erweisen, welche Fürsorgepflichten - soweit sie nämlich mit entsprechenden Sanktionen verbunden sind - auch als prozessuale "Fürsorge- A n s p r ü c h e ", also als subjekte Rechte des Beschuldigten anzusehen sind.

7. Kapitel Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Sachleitungspflichten

I. Verstoß gegen die Behandlung des Beschuldigten in angemessenen Umgangsformen

Soweit die oben geschilderte Fürsorgepflicht, den Beschuldigten in angemessenen Umgangsformen zu behandeln[3], die

---

1) S.o. 2. Kapitel
2) Einige Fürsorgepflichten ergeben sich außerdem aus der MRK. Eine über die Verfassungsbeschwerde gem. §§ 90ff. BVerfGG hinausgehende unmittelbare Rechtsschutzmöglichkeit wird aber durch eine Beschwerde gem. § 26 MRK an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht eröffnet - s.o. S. 35f.
3) S. 63ff.

Anredeform "Herr" betrifft, ist diese Pflicht ein officium nobile und keine Rechtspflicht. Das Unterlassen der Anrede des Angeklagten mit "Herr" begründet jedenfalls keinen Verfahrensfehler. Allein auf dem Weglassen dieses Wortes könnte das Urteil außerdem niemals beruhen. Das wäre aber für eine Urteilsanfechtung immer erforderlich. Durch eine Revision kann die unterlassene Anrede daher nicht gerügt werden.

Die genannte Anredeform ist mehr eine Frage des Takts[1] und der Konvention[2] und kann von dem Angeklagten auch nicht auf andere Weise durchgesetzt werden. Eine Beleidigungsklage scheidet aus, da mit dem Unterlassen der Anrede "Herr NN" und stattdessen dem Gebrauch des Wortes "Angeklagter" nicht erklärt wird, daß der Angeklagte einen Ehrenmangel habe[3].

Die Durchsetzung dieser Umgangsformen kann desgleichen nicht mit der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der Menschenwürde erreicht werden. Die nicht angemessene Anrede ist kein solcher Eingriff in diese Würde, daß eine i.S.d. Art. 1 Abs. 1 GG relevante Verfassungsbeschwerde durchgreifen könnte. Art. 1 Abs. 1 GG hat andere Aufgaben, als "den persönlichen Ehrenschutz über das Strafrecht hinaus zu erweitern"[4]. Die fehlende Durchsetzbarkeit sollte jedoch keinen Richter, Staatsanwalt oder Beamten der Kriminalpolizeit an höflichen Umgangsformen gegenüber dem Beschuldigten hindern.

Ähnliches gilt für kränkende - aber nicht beleidigende - Äußerungen oder ungewöhnlich scharfe und überlaute Worte an den Angeklagten, sofern es sich bei der unangebrachten Tonart um Ausnahmefälle handelt.

---

1) Schorn Strafrichter S. 223
2) Hirsch S. 239
3) Dies ist die h.M. zu anderen Fällen, in denen die Anrede "Herr" weggelassen wird, vgl. Hirsch a.a.O.; abw. Schönke-Schröder § 185 Rdn. 11 b
4) Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 1 Rdn. 29

Äußert sich der Vorsitzende des Gerichts allerdings sehr häufig in dieser Weise, so hat der Angeklagte die Möglichkeit, ihn wegen Besorgnis der Befangenheit nach § 24 Abs. 2 abzulehnen[1) 2)]. In diesem Fall kann der Angeklagte von seinem Standpunkt aus den Eindruck haben, er könne kein gerechtes Urteil mehr erwarten. Da der Richter bei dieser Sachlage nicht mehr als unparteiisch angesehen werden kann, müßte dem Ablehnungsgesuch entsprochen und der Richter von der weiteren Verhandlung ausgeschlossen werden[3)]. Falls das nicht geschieht, ergibt das zu Unrecht verworfene Ablehnungsgesuch einen Revisionsgrund nach § 338 Nr. 3[4)].

Sofern die unangemessene Behandlung ausnahmsweise so weit geht, daß der Beschuldigte darin eine Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme erblicken muß und, von der Drohung eingeschüchtert, daraufhin bestimmte Aussagen macht, so dürfen diese nach § 136 a Abs. 3 Satz 2 nicht verwertet werden. Hält sich das Gericht nicht an das Verwertungsverbot, begründet dieser Verstoß gegen § 136 a die Revision nach § 337, wenn nicht auszuschließen ist, daß das Urteil auf diesen Aussagen beruht.

Nur in dem letztgenannten Fall einer Drohung hat der Beschuldigte die Möglichkeit, nicht nur gegen eine unangemessen harte Behandlung durch Richter, sondern auch durch Staatsanwälte und Beamte der Kriminalpolizei vorzugehen.

---

1) I.d.S. die sehr begrüßenswerte Entscheidung des BGH NJW 59, 55 mit zust. Anmerkung von Eb. Schmidt; ferner Müller-Sax § 24 Anm. 2 c; Löwe-Rosenberg-Dünnebier § 24 Anm. 3 b; Kleinknecht § 24 Anm. 2 B
2) Diese Möglichkeit des Angeklagten besteht gem. § 25 Abs. 1 + 2 praktisch bis zum letzten Wort des Angekl.
3) Vgl. Kleinknecht § 24 Anm. 2; BGH a.a.O.; vgl. auch BVerfGE 20, 9 (14); 21, 139
4) Vgl. BGH a.a.O.

II. Verletzung der Pflicht, eine Erweiterung der Öffentlichkeit zu vermeiden

Da dieselben Gründe, die hinter dem Verbot des § 169 Satz 2 GVG stehen, auch die Fürsorgepflicht tragen, die Erweiterung der unmittelbaren Öffentlichkeit zu vermeiden[1], müssen die daran zu knüpfenden Sanktionen ebenfalls dieselben sein. Es ist daher zu untersuchen, welche Rechtsfolgen die Verletzung des § 169 Satz 2 GVG auslöst. In Betracht kommt eine Revision nach § 337 bzw. § 338 Nr. 6.

Der BGH hat in den beiden letzten veröffentlichten Entscheidungen[2], die eine Öffentlichkeitserweiterung betreffen (Anwesenheit der Öffentlichkeit entgegen § 48 JGG bzw. §§ 171a, 172 GVG), eine Revision nach § 338 Nr. 6 ausdrücklich abgelehnt. Die Ablehnung wird damit begründet, daß § 338 Nr. 6 im Einklang mit der geschichtlichen Entwicklung nur das Öffentlichkeitsprinzip als grundlegende Einrichtung des Rechtsstaates schützen wolle. Daher fielen lediglich unzulässige B e s c h r ä n k u n g e n der Öffentlichkeit unter diese Vorschrift.

Eine Revision unter den Voraussetzungen des § 337 wird dagegen für zulässig erachtet. Nach Ansicht des BGH[3] greift sie zwar bei diesen kleineren Verstößen gegen die Vorschriften der Öffentlichkeit nicht durch, da es ausgeschlossen werden könne, daß das Urteil auf der unzulässigen Öffentlichkeitserweiterung beruhe. Anders sei aber die Verletzung der Öffentlichkeitsvorschriften durch Fernseh- und Rundfunkaufnahmen zu beurteilen[4]. Der BGH bezieht sich hierbei auf ein vorher ergangenes Urteil[5] ("Fernseh-Urteil"). In diesem hatte er entschieden, daß § 337 durchweg eine Urteilsaufhebung gebiete, weil ein Einfluß der unzulässigen Aufnahmen auf das Urteil nicht auszuschließen sei. Die Anwendung des

---

1) S.o. S. 69ff.
2) BGH JZ 70, 34f.; BGH 23, 176
3) BGH 23, 176 (180)
4) Vgl. BGH 23, 176 (182)
5) BGH 22, 83 = NJW 68, 804

§ 338 Nr. 6 war dort mit dem Hinweis auf die Revisionsmöglichkeit nach § 337 offengelassen worden.

Die h.L.[1] folgt der Ansicht des BGH und lehnt die Anwendung des § 338 Nr. 6 für jeden Fall der Erweiterung der Öffentlichkeit ab. Auch hier wird lediglich auf die Revision nach § 337 verwiesen.

Bei der unzulässigen Erweiterung der Öffentlichkeit durch Fernsehaufnahmen i.S.d. § 169 Satz 2 GVG wird also allgemein (nur) eine Revision nach § 337 bejaht. Auch eine Erweiterung der unmittelbaren Öffentlichkeit könnte daher nur gem. § 337 gerügt werden. Diese Rechtsfolge ist jedoch zum Schutze des Angeklagten nicht immer ausreichend.

Entgegen der Ansicht des BGH[2], der sich dies "kaum vorstellen" kann, sind Fälle denkbar, in denen der Revisionsrichter zu der Überzeugung gelangen kann, daß das Urteil n i c h t durch den Verstoß gegen § 169 Satz 2 GVG beeinflußt sei. Diese Möglichkeit besteht z. B., falls lediglich die Urteilsverkündung gefilmt werden soll und die Genehmigung für die Aufnahmen erst nach Abschluß der Beratungen eingeholt wird, um einen Einfluß auf den Inhalt des Urteils zu vermeiden. Damit zu vergleichen ist der Fall, daß mehrere hundert Menschen in einem außergerichtlichen "Massensaal" nur der Urteilsverkündung beiwohnen. Wenn sich anschließend in der Revisionsbegründung keiner der Verfahrensbeteiligten darauf beruft, daß er noch während der Verkündung Anträge stellen oder Erklärungen abgeben wollte[3], wird man

---

1) Löwe-Rosenberg-Jagusch (21. Aufl.) § 338 Anm. 14; Müller-Sax § 338 Anm. 7 a; Kleinknecht § 338 Anm. 7; Dallinger-Lackner JGG § 48 Rdn. 6; Sarstedt S. 149; Peters S. 486; ferner Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 338 Rdn. 29 - auch für Anfechtbarkeit nach § 338 Nr. 6 in "Justiz und Publizistik" S. 39ff.

2) BGH 22, 83f.

3) In der Mehrzahl der Strafverfahren erfolgt während der Urteilsverkündung kaum noch eine Wortmeldung

einen Einfluß der Öffentlichkeitserweiterung auf das Urteil nicht annehmen können. Der Angeklagte könnte also den Verstoß gegen § 169 Satz 2 GVG bzw. gegen die genannte Fürsorgepflicht nicht mit der Revision rügen, obwohl er auch hier als Schauobjekt dienen mußte und unzulässigerweise in sein Persönlichkeitsrecht eingegriffen wurde.

§ 337 kann, wie dargelegt, keineswegs als ausreichende Revisionsgrundlage angesehen werden. Die entgegenstehende Meinung des BGH[1], daß das Urteil generell auf den Aufnahmen beruhen könne, auch wenn nur während der Urteilsverkündung gefilmt würde, würde § 337 praktisch zu einem absoluten Revisionsgrund machen. Wegen der Unvereinbarkeit dieser Auffassung mit dem Gesetz sollte der BGH konsequent sein und gleich den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 anwenden. Dadurch würde der Angeklagte bei einer unzulässigen Öffentlichkeitserweiterung einen zweifelsfreien Rechtsschutz erhalten. Auf die Anwendbarkeit des § 338 Nr. 6 bei einem Verstoß gegen § 169 Satz 2 GVG hat Eb. Schmidt[2] bereits in einer grundsätzlichen Darlegung zutreffend hingewiesen. Obwohl der BGH[3] die dortigen Argumente als "gute Gründe" bezeichnet, hat er die Anwendung des absoluten Revisionsgrundes gescheut. Eine genaue Interpretation des § 338 Nr. 6 gestattet aber ohne weiteres eine Erstreckung dieser Vorschrift auf die Öffentlichkeitserweiterung.

Der Wortlaut des § 338 Nr. 6 ist sehr weit gefaßt. Er bezieht sich nicht nur auf Beschränkungen der Öffentlichkeit, sondern kann ebenfalls unzulässige Erweiterungen umfassen. Rechtspolitisch wünschbar ist die Anwendung des § 338 Nr. 6 desgleichen. Wie aus der Darstellung der hier behandelten Fürsorgepflicht[4] hervorgeht, sind diejenigen rechtlichen Interessen, denen § 169 Satz 2 GVG und die dahinterstehenden Gründe dienen, von "größerer Werthaftigkeit

---

1) BGH 22, 83
2) Justiz und Publizistik S. 39ff.
3) BGH a.a.O.
4) S. 69ff.

und Bedeutung als das Publizitätsprinzip des § 169 Satz 1 GVG"[1]. Wegen dieser großen Bedeutung muß das Verbot der Öffentlichkeitserweiterung - zumindest genau wie bei der Beschränkung - in jedem Fall durchsetzbar sein. Dies kann nur durch absolute Revisibilität geschehen; § 338 Nr. 6 bietet sich dazu an.

Die historische und die teleologische Auslegung ergeben gleichfalls die Anwendbarkeit des § 338 Nr. 6, wie Roxin[2] schon dargelegt hat. Aus den Motiven zum heutigen § 338 Nr. 6[3], der ohne Aussprache angenommen wurde[4], geht hervor, daß die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens in a l l e n F ä l l e n die Aufhebung des Urteils begründen muß. Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber eine Revision sowohl bei unbefugter Beschränkung als auch bei unzulässiger Erweiterung der Öffentlichkeit ermöglichen wollte. Die Wendung "in allen Fällen" ist auch nicht unbedacht gewählt worden; der Gesetzgeber hat keineswegs nur an eine unzulässige Einschränkung gedacht und andere Möglichkeiten außer Betracht gelassen. Dies wird bei einem Vergleich mit den Motiven des wörtlich gleichlautenden § 551 Nr. 6 ZPO deutlich. Diese Norm bezieht sich auf dieselben Vorschriften des GVG (§§ 169ff.), so daß die gesetzgeberische Absicht die gleiche sein dürfte. In diesen Motiven wird gesagt[5], daß die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit von einer unberechenbaren Wirkung sei. "Die unberechtigte Zulassung der Öffentlichkeit z. B. in Ehesachen kann eine deutliche Beschränkung der Parteien involvieren". Die allgemeine Formulierung des § 551 Nr. 6 ZPO ist also gewollt und soll eine absolute Revision auch bei

---

1) Eb. Schmidt Justiz und Publizistik S. 44
2) JZ 68, 803 (805)
3) Hahn Bd. III Materialien zur StPO 1. Abteilung (Motive) § 301 Nr. 6 (heute § 338 Nr. 6) S. 252
4) Hahn a.a.O. (Protololle zur 1. Lesung) S. 1033; 2. Abteilung (2. Lesung) S. 1393
5) Hahn Bd. II Materialien zur ZPO 1. Abteilung (Motive) § 489 S. 369f.

einer verbotswidrigen Zulassung ausgeschlossener Personen erlauben[1]. Nur so kann aber auch § 338 Nr. 6 verstanden werden.

Daß die Motive zu § 338 Nr. 6 die Erweiterung der Öffentlichkeit nicht ausdrücklich ansprechen, liegt daran, daß damals ein passendes Beispiel fehlte. Bei §§ 172, 175 GVG handelt es sich nur um Ermessensentscheidungen; die bei Schaffung der ZPO genannte Möglichkeit konnte daher bezüglich des § 338 Nr. 6 zunächst nur eine hypothetische sein. Erst mit der Einführung der zwingenden Norm des § 169 Satz 2 GVG (und § 48 JGG) konnte die auch bei der StPO bestehende, jedoch nicht ausdrücklich genannte Möglichkeit , bei Erweiterungen der Öffentlichkeit einen absoluten Revisionsgrund anzunehmen, genutzt werden. Die Subsumierung der unbefugten Erweiterung der Öffentlichkeit unter § 338 Nr. 6 stellt sich also als Ausfüllung dieser Revisionsvorschrift in einem von Anfang an vorgesehenen Umfang dar[2] und ist durchaus als zulässig anzusehen.

Die teleologische Auslegung bekräftigt die hier vertretene Auffassung. Die Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes des § 169 Satz 1 GVG liegt darin, der Gefahr vorzubeugen, daß sich sachfremde Einflüsse auf das Gericht und damit auf das Urteil auswirken können[3]. Dieses Ziel wird mit der absoluten Revisionsmöglichkeit gem. § 338 Nr. 6 gesichert. Dieselbe Gefahr, der § 169 Satz 1 GVG entgegenwirken soll, besteht aber desgleichen durch eine Erweiterung der Öffentlichkeit. Bei diesem Verfahrensfehler besteht ebenfalls die Möglichkeit, daß politische, ideologische und emotional bedingte Einflüsse auf das Gericht ausgeübt werden. Eine erregte und schwer kontrollierbare "Massenöffentlichkeit" verändert die Aussagebereitschaft des Angeklagten und der Zeugen, gefährdet die Sachlichkeit und Unabhängigkeit des

---

1) § 551 Nr. 6 ZPO wurde auch immer so verstanden, vgl. etwa Baumbach-Lauterbach § 551 Anm. 7; Stein-Jonas-Grunsky § 551 Anm. 6
2) Vgl. Roxin JZ 68, 803 (805)
3) S.o. S. 69

Gerichts und somit die Wahrheitsfindung. Diese Motive waren für die Einführung des § 169 Satz 2 GVG ausschlaggebend, worauf oben[1] schon hingewiesen wurde. Beide Sätze des § 169 GVG haben folglich denselben Schutzzweck: die Verhinderung sachfremder Einflüsse auf den Angeklagten und das Gericht. Satz 2 kann und muß demgemäß der Revisionsnorm des § 338 Nr. 6 unterstellt werden; damit wird nicht etwa in unzulässiger Ausweitung dieser Vorschrift ein neuer Revisionsgrund geschaffen.

Aus den dargelegten Gründen sollten die bisher h.M. und vor allem der BGH die ablehnende Haltung aufgeben und unzulässige E r w e i t e r u n g e n der Öffentlichkeit i.S.d. § 169 Satz 2 GVG ebenfalls mit absoluter Revisibilität bewehren.

Die aus § 169 Satz 2 GVG abzuleitende Fürsorgepflicht, eine Erweiterung auch der u n mittelbaren Öffentlichkeit zu vermeiden, muß daher in gleicher Weise mit § 338 Nr. 6 durchgesetzt werden können. Um diese absolute Revisionsmöglichkeit ein für allemal zweifelsfrei festzulegen, sollte der Wortlaut des § 338 Nr. 6 so abgeändert werden, daß dort ausdrücklich unzulässige Beschränkungen und Erweiterungen der Öffentlichkeit genannt werden.

III. Verletzung der Aussetzungs- oder Unterbrechungspflicht bei Verhinderung oder ungenügender Vorbereitungszeit des Verteidigers

Die oben[2] dargestellte Fürsorgepflicht zur Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung beruht auf § 265 Abs. 4. Die Verwirklichung dieser Vorschrift steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Die Frage, ob die Vertagung geboten war, unterliegt aber der Nachprüfung des Revisionsgerichts, da

1) S. 70f.
2) S. 73ff.

ihre Beantwortung auch durch rechtliche Erwägungen bedingt und das Ermessen rechtlich gebunden ist[1].

Sofern das Gericht die Aussetzung oder Unterbrechung durch Beschluß abgelehnt hat, kann wegen der darin zu sehenden unzulässigen Beschränkung der Verteidigung das Urteil nach § 338 Nr. 8 aufgehoben werden[2]. Voraussetzung ist allerdings ein Beschluß nicht des Vorsitzenden allein[3], sondern des Gerichts. Die weitere Voraussetzung, daß die Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt beschränkt worden ist, muß für die hier behandelten Fälle der Verhandlung ohne Verteidiger bzw. ohne ausreichende Vorbereitungszeit des Verteidigers bejaht werden.

Liegt bezüglich der hier behandelten Fürsorgepflicht kein Gerichtsbeschluß vor, ist die Entscheidung nach § 337 aufzuheben. Bei einer Verhandlung ohne Verteidiger oder ohne ausreichende Vorbereitungszeit desselben kann das Urteil wegen der erheblichen Beschränkung der Verteidigung auf dieser Gesetzesverletzung beruhen.

IV. Verletzung der Pflicht zur Rücknahme der Verteidigerbestellung

Die Fürsorgepflicht gebietet dem Gericht, die Bestellung des Verteidigers zurückzunehmen, soweit dies wegen offenbarer Unfähigkeit oder offensichtlich g r o b e r Pflichtverletzung erforderlich ist[4].

---

1) Vgl. BGH 8, 96; RG 57, 147 (148); 65, 246 (247); OLG Hamm NJW 69, 943 (944); Celle NJW 65, 2264; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 265 Anm. 9 d; Eb. Schmidt Lehrk. II § 265 Rdn.22; Müller-Sax § 265 Anm. 13 c; Kleinknecht § 265 Anm. 11; Koeniger S. 412

2) Dies ist der Regelfall der oben S. 73ff. zitierten Entscheidungen

3) Etwa eine erneute Beweisaufnahme auf Anordnung des Vorsitzenden allein - ein Fall, den BayObLG 1962, 226 zu behandeln hatte. Dann kann nur § 337 eingreifen.

4) S.o. S. 77ff.

Diese Fälle der prozeßordnungswidrigen Verteidigungsführung sind derart gravierend, daß sie - obwohl ein Verteidiger bestellt worden ist - einer Nichtverteidigung nahekommen. Kommt das Gericht der Pflicht zur Rücknahme der Verteidigerbestellung nicht nach, unterläßt es damit zugleich die Sicherstellung der ordnungsgemäßen notwendigen Verteidigung, zu der es gerade verpflichtet ist. In dieser Unterlassung des Gerichts ist eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung des Angeklagten zu erblicken. Da es nicht auszuschließen ist, daß das Urteil bei ordnungsgemäßer notwendiger Verteidigung anders ausgefallen wäre, begründet die Nichtbeachtung dieser Fürsorgepflicht die Revision[1] gem. § 337.

Eine Revisionsmöglichkeit nach § 338 Nr. 5 scheidet dagegen aus. Wenn auch die geschilderte ordnungswidrige Verteidigungsführung einer Nichtverteidigung nahekommt, hat das Gericht dem Angeklagten doch einen notwendigen Verteidiger beigeordnet. Dieser führt seine Verteidigung in den bei dieser Fürsorgepflicht dargestellten Fällen zwar pflichtwidrig, ist in der Hauptverhandlung jedoch anwesend.

Ebensowenig kommt im Regelfall eine Revision gem. § 338 Nr. 8 in Betracht, da dieser Revisionsgrund einen hier nicht vorliegenden Beschluß des Gerichts voraussetzt. Eine solche Möglichkeit bestünde für den Angeklagten lediglich dann, wenn er in der Hauptverhandlung die Rücknahme der Bestellung des Pflichtverteidigers wegen dessen ordnungswidriger Verteidigungsführung gefordert und das Gericht dieses Ansinnen durch einen Beschluß abgelehnt hätte.

---

1) I.d.S. sind auch Dahs Strafverteidiger Rdn. 17 und Kleinknecht § 143 Anm. 3 sowie Einl. 7 F zu verstehen. Ebenso der BGH (4 StR 154/67 v. 2. 6. 1967 bei Dallinger MDR 67, 727 unter Hinweis auf BGH 5 StR 260/58 - unveröffentlicht-), der die hier angesprochene Fürsorgepflicht bejaht; den Ausführungen ist zu entnehmen, daß bei einer Verletzung dieser Fürsorgepflicht eine Verfahrensrüge durchgreifen würde

V. Nichtbewirkung vollständiger Erklärungen und Anträge

In der Bewirkung vollständiger Erklärungen und sachdienlicher Anträge besteht eine weitere Fürsorgepflicht des Gerichtsvorsitzenden[1]. Da diese Verpflichtung aus Art. 103 Abs. 1 GG und §§ 136 Abs. 2, 243 Abs. 4 i.V.m. § 238 Abs. 1[1] hervorgeht, liegt in ihrer Verletzung ein Verstoß gegen die Pflicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zugleich eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung.

Die hier genannte Fürsorgepflicht obliegt dem Vorsitzenden. Sie ist nicht der formellen Verhandlungsleitung zuzurechnen, sondern ist eine Sachleitungspflicht i.S.d. § 238 Abs. 2. Zur Sachleitung gehören alle Maßnahmen, die nach rechtlichen Kategorien überprüfbar sind, also unzulässig oder sachwidrig und nicht nur unzweckmäßig sein können[2]. Wie oben ausgeführt wurde, besteht der Verstoß darin, daß eine Maßnahme unzulässigerweise unterlassen wurde, deren Gebotensein nach rechtlichen Kategorien überprüfbar und deren Vornahme nicht lediglich zweckmäßig ist.

Die Verletzung der dargestellten Fürsorgepflicht kann von dem Angeklagten daher gem. § 238 Abs. 2 als unzulässig beanstandet werden; dann entscheidet das Gericht. In diesem Fall müßte das Gericht die Handlungsweise des Vorsitzenden wegen der darin liegenden Beschränkung der Verteidigung für unzulässig erklären und für eine erneute, vollständige Erklärung des Angeklagten Sorge tragen. Geschieht dies nicht, hat der Angeklagte die Möglichkeit, Revision gem. § 338 Nr. 8 einzulegen, da die Verteidigung des Angeklagten durch einen Beschluß des Gerichts beeinträchtigt worden ist.

In allen anderen Fällen kommt wegen des Fehlens eines

---

1) S. S. 83ff.
2) H.M., vgl. Müller-Sax § 238 Anm. 3; Eb. Schmidt Lehrk. II § 238 Rdn. 6; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 238 Anm. 4 b m.w.N.; Kleinknecht § 238 Anm. 3 B; Kern-Roxin S. 211

Gerichtsbeschlusses nur eine Revision nach § 337 in Betracht. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH[1] wird das Recht zur Revision bei einer fehlerhaften Sachleitungsanordnung allerdings verwirkt, wenn nicht zuvor ein Gerichtsbeschluß nach § 238 Abs. 2 herbeigeführt wurde.

Gegen diese Ansicht ist einzuwenden, daß eine derartige Einschränkung der Revision im Gesetz keine Stütze findet. Eine Verwirkung der Revision durch einen Verzicht auf das Rügerecht nach § 238 Abs. 2 setzt auf jeden Fall voraus, daß der Verzichtende den Verstoß zumindest laienhaft richtig wertet und in Kenntnis der Möglichkeit des § 238 Abs. 2 wissentlich-willentlich nichts unternimmt[2]. Eine Verwirkung kann daher nur eintreten, wenn der Betroffene arglistig nichts unternimmt, um den Verfahrensverstoß zu beanstanden, weil er Revisionsgründe erhalten will. Eine solche Arglist ist aber bei einem rechtsunkundigen Angeklagten ohne Verteidiger nicht anzunehmen[3] [4] und kann allenfalls bei dem Verteidiger vorliegen[5].

Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Überlegung, daß das Tatgericht und somit auch die beisitzenden Richter verpflichtet sind, Verfahrensmängel, soweit wie möglich und sofern sie sie erkenne, zu heilen[6]. Wenn das Gericht selbst Verfahrensmängel nicht erkennt (und von sich aus nicht beseitigt), kann es an die Aufmerksamkeit des Verteidigers keine höheren

---

1) BGH 1, 323 (325); 3, 199 (202); 4, 364 (366)
2) W. Schmid Verwirkung S. 296
3) Eine Belehrung des Angeklagten durch den Vorsitzenden ist nicht anzunehmen, da der Vorsitzende dem Fehler abhelfen wird, wenn er ihn erkennt, und nicht den Angeklagten erst über das Rügerecht belehrt
4) Bei einem unverteidigten Angeklagten wird daher auch keine Verwirkung der Revision angenommen, vgl. Müller-Sax § 238 Anm. 5 d; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 238 Rdn. 4; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 238 Anm. 11 e; Kern-Roxin S. 211; W. Schmid a.a.O.; Fuhrmann NJW 63, 1230 f.; Niese JZ 53, 221; OLG Hamm GA 1962, 87
5) Wie hier Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Eb. Schmidt Lehrk. II § 238 Rdn. 31; Kern-Roxin a.a.O.
6) S. o. S. 94ff.

Anforderungen stellen und von ihm nicht generell das Erkennen des Fehlers schon während der Verhandlung und die Anrufung des Gerichts gem. § 238 Abs. 2 fordern.

Die Verletzung der Fürsorgepflicht des Vorsitzenden, vollständige Erklärungen und sachdienliche Anträge des Angeklagten zu bewirken, kann folglich grundsätzlich auch dann mit der Revision gem. § 337 gerügt werden, wenn das Gericht zuvor n i c h t von dem Angeklagten oder dessen Verteidiger angerufen worden ist. Ob ein Verzicht auf die Revisionsrüge und damit eine Verwirkung eingetreten ist, weil der Verteidiger die Maßnahme des Vorsitzenden nicht beanstandet hat, kann daher nicht mit dem allgemeinen Hinweis auf die unterlassene Einschaltung des Gerichts gem. § 238 Abs. 2, sondern muß nach der besonderen Lage jedes Einzelfalles entschieden werden[1].

Sofern der Einzelrichter seiner Fürsorgepflicht nicht nachkommt, besteht, da das Gericht und der Vorsitzende identisch sind, unabhängig von dem oben Gesagten kein Grund, zunächst das Gericht anzurufen[2]. Eine Revision gem. § 337 ist demnach immer möglich ohne eine vorherige Rüge bei dem Gericht.

Eine Revision nach § 338 Nr. 8 ist auch hier allerdings nur möglich, wenn der Rechtsmittelführer zuvor den Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 ausgeschöpft hat, d. h. den Einzelrichter in seiner Eigenschaft als "Gericht" zur Entscheidung über den eigenen Verfahrensfehler angerufen hat[3].

VI. Verwertung mittelbarer Aussagen von V-Leuten

Wie oben ausführlich dargelegt wurde, liegt in der Verletzung der Fürsorgepflicht, mittelbare Aussagen von anonymen

---

1) Vgl. auch die Zitate in Fußn. 5 (S. 147)
2) Vgl. OLG Köln MDR 55, 311; NJW 57, 1373; BayObLG 1962, 267; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 238 Anm. 9; Koeniger S. 33
3) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Müller-Sax § 238 Anm. 4; Kleinknecht § 238 Anm. 4; Kern-Roxin a.a.O.

V-Leuten n i c h t zu verwerten, ein Verstoß gegen § 261 sowie Art. 6 Abs. 3 lit. d. MRK und Art. 103 Abs. 1 GG[1].

Die MRK hat, wie schon[2] aufgezeigt wurde, neben ihrer völkerrechtlichen Wirkung innerstaatliche Geltung; ihr kommt der Rang eines Bundesgesetzes zu[3]. Die Verletzung der in ihr gewährleisteten Rechte durch die Gerichte kann demgemäß mit den allgemeinen Rechtsmitteln wie z.B. der Revision gerügt werden.

Auch der Verstoß gegen den Verfassungsgrundsatz zur Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) ist, wenn er i.V.m. § 261 geltend gemacht wird, vom Revisionsgericht unter Heranziehung aller Beweismittel im Wege des Freibeweises nachzuprüfen, da diese Verletzung als Verfassungsverstoß zugleich auch einen Verfahrensverstoß darstellt[4]. Im übrigen würde das Erfordernis der gesonderten Geltendmachung vor dem Bundesverfassungsgericht der Prozeßökonomie in grober Weise widersprechen und das gesamte Verfahren noch mehr verlängern.

Der Verstoß gegen die genannte Fürsorgepflicht und damit gegen § 261, Art. 6 Abs. 3 lit.d. MRK und Art. 103 Abs. 1 GG begründet daher die Revision gem. § 337[5], soweit nicht auszuschließen ist, daß das Urteil auf der Verwertung der mittelbaren Aussagen der anonymen V-Leute beruht.

VII. Verletzung der Pflicht, Verfahrensmängel soweit wie möglich zu heilen

Die Fürsorgepflicht des Gerichts, Verfahrensmängel zu heilen, ist für sich gesehen nicht rechtlich durchsetzbar. Falls diese Fürsorgepflicht nicht erfullt wird - sei es, weil das Gericht

1) S. S. 85ff. (92)
2) S.o. S. 34
3) BVerfGE 10, 271 (274); Maunz-Dürig-Herzog Art. 1 Abs. 1 Rdn. 59 m.w.N.; Hamann-Lenz Art. 25 Anm. B 2; Kleinknecht Anhang A 4 Vorb. 2
4) BGH JZ 68, 434 mit zust. Anmerkung von Eb. Schmidt (S. 435); Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 261 Anm. 3 e
5) I.d.S. auch BGH GA 1968; 370 f.

keine Anstalten zur Abhilfe des Verfahrensfehlers trifft, sei es, weil der Heilungsversuch fehlgeschlagen ist - besteht der vorhandene Verfahrensfehler weiter. Dieser kann dann im Wege der Revision beseitigt werden.

Rechtlich relevante Bedeutung auch für das Rechtsmittelverfahren hat diese Heilungspflicht nur insofern, als sich das Gericht grundsätzlich nicht auf eine Verwirkung des Revisionsrügerechts durch Verzicht berufen kann, weil der Rechtsmittelführer etwa einen Zwischenrechtsbehelf wie § 238 Abs. 2 nicht wahrgenommen hat. Sofern das Gericht den Verfahrensfehler nicht selbst erkannt und ihn geheilt hat, kann es auch von dem Rechtsmittelführer ein solches Erkennen nicht verlangen[1].

1) S. auch oben S. 147f.

VIII. Verletzung der Aufklärungspflicht

Es fragt sich, ob die Fürsorgepflicht, einen Freispruch mangels Beweises - mit dem Ziel erwiesener Unschuld - und die Tat unabhängig von der Zurechnungsunfähigkeit weiter aufzuklären, auf dem Rechtsmittelwege durchgesetzt werden kann bzw. überhaupt nachprüfbar ist.

Voraussetzung für ein Rechtsmittel ist das Vorhandensein einer prozeßrechtlichen Beschwer des Rechtsmittelführers. Nach der h.Rspr. und der h.L.[1] kann sich eine Beschwer allein aus dem Urteilstenor ergeben. Bei jeder Art des Freispruchs wird daher eine Beschwer verneint; lediglich für den Fall des Freispruchs wegen Zurechnungsunfähigkeit wird z. T.[2] die entgegengesetzte Meinung vertreten.

Die Beschränkung der Beschwer auf den Urteilstenor erscheint jedoch zu eng; der einzelne Angeklagte kann sehr wohl beschwert sein, wie oben bereits dargelegt wurde[3], obwohl er im Ergebnis freigesprochen wurde. Die Beschwerbeschränkung auf den Tenor läßt sich aus dem Gesetz auch nicht herleiten.

Die Ansicht der h.M. ergibt sich daraus, daß sie in dem Urteilsspruch nur die Entscheidung über den staatlichen Strafanspruch sieht. Dann kann der Angeklagte nicht mehr als eine Verneinung dieses Strafanspruchs verlangen. Diese Auffassung von der aus dem 19. Jahrhundert stammenden zivilrechtlichen Bedeutung des materiellen Strafrechts kann heute jedoch für sich allein keine Geltung mehr haben[4]. Inzwischen haben sich die Lehre vom materiellen strafrechtlichen

1) RG 63, 184 (185); 69, 12 (13); BGH 7, 153 (155); 13, 149; 16, 374; OLG Braunschweig MDR 50, 629; Hamm NJW 53, 1484; Düsseldorf NJW 60, 1404. Grds. auch Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B.4 (S. 151); Kleinknecht § 296 Vorb. 4; Henkel S. 366 mw.N.; Peters S. 540; Sarstedt S. 27f.
2) Löwe-Rosenberg-Schäfer a.a.O. (S. 152); Henkel S. 366; Peters S. 542. Z. T. auch die Rspr.: OLG Stuttgart NJW 59, 1840; Schleswig JZ 58, 374f.; KG HESt 1, 240 (242)
3) S. 98ff. (98, 102)
4) Vgl. Henrichs MDR 56, 196 (197); Müller-Sax § 296 Vorb. 4 b; Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 317

Unrecht und die normative Schuldlehre durchgesetzt[1]. Daneben erfordert das allgemein anerkannte Ziel des Strafverfahrens, die Erforschung der materiellen Wahrheit, in großem Maße ein Abstellen auf die Person und die Motive des Angeklagten und widerspricht der zivilrechtlichen Auffassung des Strafrechts, bei der lediglich das Ereignis, die Tat, maßgeblich ist. Daher sind die Gerichte verpflichtet, für ihre Rechtsfolgeentscheidung das Verhalten des Angeklagten aufgrund der tatsächlichen Feststellungen nach der strafrechtlichen Schuld zu bewerten und nicht nur den staatlichen Strafanspruch verwirklichen zu wollen. Das Schwergewicht der Belastung des Angeklagten ist dann in dieser Schuldbewertung zu sehen, deren Feststellungen sich aber gerade in den Urteils g r ü n d e n finden, aus denen der Entscheidungssatz nur seine Folgerungen zieht[2]. Dies gilt nicht nur im Falle einer Verurteilung. Auch bei einem Freispruch sind die in den Gründen angegebenen Tatsachen von großer Bedeutung, da sie eine Beeinträchtigung wesentlicher sozialethischer Interessen und durchaus auch rechtliche Belastungen des Angeklagten mit sich bringen können.

Eine Beschwer des Angeklagten im prozeßrechtlichen Sinne kann sich also nicht nur aus dem Tenor, sondern gerade auch aus den Urteils g r ü n d e n ergeben. Enthalten diese Gründe b e l a s t e n d e Feststellungen, kann der Angeklagte daher bei einem Freispruch gleichwohl beschwert sein[3].

---

1) Vgl. Müller-Sax § 296 Vorb. 4 b
2) Vgl. Müller-Sax a.a.O.; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) Vor § 296 Rdn. 15
3) I.d.S. Müller-Sax a.a.O.; Eb. Schmidt a.a.O.; Roos JR 51, 200 (201f.); OLG Stuttgart NJW 59, 1840; Schleswig JZ 58, 374f.; KG HESt 1, 240 (241f.). Zum gleichen Ergebnis kommen Henrichs MDR 56, 196; Schwenk NJW 60, 1932; Schorn Würde S. 129ff. Diese stellen i. wesentl. auf eine Verletzung der Menschenwürde ab. Das alleinige Abstellen auf das GG ist allerdings sehr unbestimmt und führt in den Folgerungen zu weit; ablehnend auch BVerfG NDR 70, 822; BVerfGE 6, 7; Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 1 Rdn. 42; Müller-Sax a.a.O., Eb. Schmidt a.a.O.; Koffka ZStrW 81 (1969), 954. Ein weiteres Argument von Schwenk S. 1935 und Schorn S. 130, die Kostenregelung, entfällt, da seit 1968 für alle Freisprüche gem. § 467 die Kostenfreiheit gilt

Nur die hier vertretene Ansicht wird der Justizgewährungspflicht gerecht[1]. Diese soll dem Angeklagten zu einem gerechten und wahren Urteil unter vollständiger Ausschöpfung der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten verhelfen[2]. Da bei belastenden Feststellungen in den Gründen eine Beschwer und somit eine Rechtsmittelmöglichkeit bejaht wird, kann der Rechtsweg weitergehend ausgeschöpft werden. Der Angeklagte kann also noch einmal überprüfen lassen, ob er zu Unrecht in seiner sozialethischen Stellung beeinträchtigt wurde. Dadurch kommt man der angestrebten materiellen Wahrheit des Urteils und der Gerechtigkeit gegenüber dem Angeklagten näher.

Die hier vertretene Meinung führt zu folgenden Konsequenzen:

1.) Bei einem Freispruch mangels Beweises

Bei einem Freispruch mangels Beweises ist nur unter bestimmten Bedingungen eine Beschwer anzunehmen. Im Normalfall dieser Art des Freispruchs wird lediglich ein "non liquet", nämlich die Nichterweislichkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung, ausgesprochen. Hier wird also in den Urteilsgründen keine prozeßrechtliche Beschwer festgestellt, sondern nur gesagt, daß der Nachweis der Tatbegehung gegenüber dem Angeklagten nicht erbracht werden konnte. Die oben[3] festgestellte Fürsorgepflicht des Gerichts, den Sachverhalt im Hinblick auf einen Freispruch wegen erwiesener Unschuld weiter aufzuklären, soweit dies mit präsenten oder anderen leicht erreichbaren Beweismitteln möglich ist, kann daher auf dem Rechtsmittelwege nicht durchgesetzt werden, wenn die Urteilsgründe lediglich die negative Feststellung, nämlich die Nichterweislichkeit, treffen. Insoweit führt diese Auffassung zu dem gleichen Ergebnis

---

1) Vgl. auch Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) Vor § 296 Rdn. 1 - 10
2) Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 16ff. m.w.N.; Müller-Sax Einl. 10 b II
3) s. 1 ff.

wie die der h.M.[1]. Die in diesem Fall weitergehende, mit der Menschenwürde begründete Ansicht von Henrichs, Schwenk und Schorn[2] würde zu einer untragbaren Mehrbelastung der Strafjustiz durch uferlose Beweisaufnahmen führen und deren Aufgaben verkennen[3]. In dieser Beziehung ist dem BGH[4] zuzustimmen, daß es nicht die Aufgabe des Gerichts sein kann, die Untersuchung so lange durchzuführen, bis ein Freispruch wegen erwiesener Unschuld erreicht werden kann - dieser Nachweis wird sich im übrigen meistens gar nicht erbringen lassen.

Da bei dieser Fallkonstellation weder eine kostenmäßige noch eine rechtlich folgenreiche Beeinträchtigung hervorgerufen wird, befindet sich der Freigesprochene in einer ganz anderen Lage als ein Verurteilter. Dem Rechtsmittelgericht kann man, soweit es die Rechtsmittelbeschwer eines wegen Nichterweislichkeit der Tat Freigesprochenen anders als die eines Verurteilten behandelt, keine Willkür vorwerfen[5] - entgegen Schwenk[6], der die nicht willkürliche Behandlung generell, also auch für diesen Fall, zumindest anzweifelt.

Sind ausnahmsweise über die Nichterweislichkeit der Tat hinausgehende, unzulässige grundrechtsverletzende Feststellungen etwa der Art getroffen worden, daß der Angeklagte gleichwohl ein "übles Subjekt" sei, so kann gegen diese Beschwer das Bundesverfassungsgericht wegen Verletzung z. B. des Art. 1 GG angerufen werden[7].

Das stets aus Gründen restloser Rehabilitierung zweifellos vorhandene Interesse daran, einen Freispruch wegen Nichterweislichkeit der Tat anzufechten, um wegen erwiesener

---

1) S. S. 151 Fußn. 1
2) Henrichs MDR 56, 196; Schwenk NJW 60, 1932; Schorn Würde S. 129ff.
3) Vgl. Henkel S. 366; Peters S. 540f.; Müller-Sax § 296 Vorb. 4 b; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) Vor § 296 Rdn. 19
4) BGH 7, 153 (155)
5) Vgl. BVerfGE 6, 7 (12); BGH 7, 153
6) Schwenk a.a.O. S. 1933f.
7) Vgl. BVerfG MDR 70, 822; BVerfGE 6, 7 (9)

Unschuld freigesprochen zu werden, läßt sich aus den dargelegten Gründen nicht verwirklichen. Insofern ist darauf zu verweisen, daß die Unschuldvermutung nach Art. 6 Abs. 2 MRK unwiderlegt geblieben ist.

Stellt das Gericht dagegen in den Gründen zu Lasten des Freigesprochenen fest, daß er eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung begangen, diese aber aus anderen Gründen als denen des § 20 StGB nicht schuldhaft ausgeführt hat, oder daß er auch schuldhaft gehandelt hat, aber ein Strafausschließungsgrund vorliegt[1], so ist dies kein "non liquet" und mehr als die Feststellung der Nichterweislichkeit der Tat. In diesem Fall enthalten die Urteilsgründe rechtlich bedeutsame Belastungen. Die Bejahung der (schuldlosen oder nur strafreien) Unrechtsverwirklichung - dies räumt auch der BGH[2] ein, der aber gleichwohl eine Beschwer ablehnt - kann und wird dem Freigesprochenen mancherlei rechtliche und andere Nachteile außerhalb des Strafverfahrens bringen; man denke nur an ein mögliches Disziplinarverfahren oder den Verlust des Arbeitsplatzes. Der Freigesprochene wird, da seine "Schuld" zumindest teilweise festgestellt worden ist, sowohl in den Augen der Beamten der Kriminalpolizei als auch in seinem Bekanntenkreis immer als Rechtsbrecher dastehen, der durch irgendeinen glücklichen Zufall nicht seiner Strafe zugeführt werden konnte. Gegen diese möglicherweise zu Unrecht erfolgte rechtliche und sozialethische Beeinträchtigung muß der Freigesprochene vorgehen können; insofern ist seine Lage der eines Verurteilten angenähert. In dieser Beziehung kann nicht einfach auf die unwiderlegte Unschuldvermutung verwiesen werden. Für Freisprüche solcher Art m u ß

---

1) Wegen der Bejahung des Verschuldens wird in diesem Fall eine Beschwer allg. angenommen, vgl. Henkel S. 366; Peters S. 540; Kern-Roxin S. 257; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 296 Anm. 4 c, jeweils m.w.N.

2) BGH 7, 153 (154)

man folglich eine prozeßrechtliche Beschwer annehmen[1] und den Rechtsmittelweg eröffnen.

Der in der dargestellten Hinsicht r e c h t l i c h b e l a s t e t e Freigesprochene, der die Unrechtsverwirklichung bestreitet, kann somit noch einmal überprüfen lassen, ob der Tatrichter seiner Fürsorgepflicht genügt hat und auch die Rechtswidrigkeits- und Schuldumstände weit genug aufgeklärt sowie rechtlich zutreffend gewürdigt hat.

2.) Bei einem Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit

Bei einem Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit darf auf keinen Fall ein Rechtsmittel mangels Beschwer abgelehnt werden. Wie oben bei der Darstellung der Fürsorgepflichten schon näher ausgeführt wurde, ergibt sich bei diesem Freispruch zunächst eine sehr erhebliche rechtliche Beeinträchtigung des aus § 20 StGB Freigesprochenen. Sie besteht in der auf jeden Fall erfolgenden Eintragung in das Bundeszentralregister (§ 12 Ziff. 1 BZRG), in der Möglichkeit, die Einweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus anzuordnen (§ 63 StGB) oder ein selbständiges Sicherungsverfahren (§ 429a ff.) durchzuführen und in der möglichen Dienstentlassung oder dem Führerscheinentzug in einem Verwaltungsverfahren. Daneben enthält der Vorwurf, zurechnungsunfähig zu sein, nach Ansicht der Bevölkerung ein schweres Unwerturteil. Dem auf diese Weise Freigesprochenen muß man daher ein erhöhtes Rehabilitierungsbedürfnis zubilligen, da er aufgrund der rechtlich weitreichenden und erheblich ehrenrührigen Feststellungen einem Verurteilten gleichgestellt ist.

Für diesen Fall des Freispruchs wegen Zurechnungsunfähigkeit wurde daher bereits früher der Versuch gemacht, ihn anders zu

---

1) Vgl. Müller-Sax § 296 Vorb. 4 b (1); Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) Vor § 296 Rdn. 20; Peters Zeugenlüge und Prozeßausgang S. 167 Anm. 5 (a.A. im Lehrbuch S. 541); früher schon besonders v. Hippel S. 564. Erwägend auch Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B.4 (S. 152). Ferner Schwenk NJW 60, 1932; Henrichs MDR 56, 196 und Schorn Würde S. 131; s. dazu aber S. 152 Fußn. 3

behandeln und eine Beschwer zu bejahen[1]. Wegen der geschilderten unmittelbaren Rechtswirkungen eines solchen Freispruchs hat sich auch das neuere Schrifttum[2] weitgehend für die Annahme einer Beschwer ausgesprochen, ebenso einige Oberlandesgerichte[3].

Der BGH[4] tendierte zunächst in dieselbe Richtung. Er hat bei grundsätzlichem Festhalten daran, daß eine Beschwer sich nur aus dem Tenor ergeben könne, die Frage aufgeworfen, ob für diesen Freispruch eine Ausnahme zu machen sei, wenn die Urteilsgründe die Zurechnungsunfähigkeit des Angeklagten feststellen. In einer neueren Entscheidung[5] hat der BGH diese Frage aber prinzipiell verneint.

Die Ablehnung der Beschwer durch den BGH[6] muß als besonders bedenklich angesehen werden, soweit das Tatgericht es offengelassen hat, ob überhaupt eine tatbestandsmäßige rechtswidrige Handlung vorgelegen hat[7]. Unabhängig von der abzulehnenden Haltung des BGH, die Beschwer allein aus dem Tenor abzuleiten, sprechen die gleichen Gründe dagegen, die auch die Fürsorgepflicht zur Tataufklärung in diesem Fall begründen[8]: Der Freigesprochene ist zusätzlich beschwert, weil ohne zwingende Notwendigkeit der sehr tiefgreifende Eingriff in seine Rechtssphäre und seine Ehre vorgenommen wird. Bei einer weiteren Aufklärung ließe sich nicht ausschließen, daß ein

---

1) Im Anschluß an § 277 Abs. 1 des Strafverfahrensentwurfes der Großen Strafprozeßkommission 1936/37, vgl. KG DRZ 48, 255 mit zust. Anmerkung Gallas; Roos JR 51, 200 (202)
2) Müller-Sax § 296 Vorb. 4 b (1); Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) Vor § 296 Rdn. 21; Schwenk NJW 60, 1932 und NJW 64, 1455; Henrichs MDR 56, 196; Schorn Würde S. 129ff.; Koffka ZStrW 81 (1969), 954 (957). Ebenso Henkel S. 366; Peters S. 542; Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B.4 (S.152), die gräs. eine Beschwer nur aus dem Tenor annehmen.
3) OLG Stuttgart NJW 69, 1840; Schleswig JZ 58, 364f.; KG MDR 1, 240 (242)
4) BGH 7, 153
5) BGH 15, 364
6) BGH 15, 364 (365)
7) Vgl. OLG Schleswig NJW 57, 1487
8) s.o. S. 102ff.

Freispruch zumindest wegen Nichterweislichkeit der Tat erreicht werden könnte, der den Freigesprochenen rechtlich nicht belastet. Die Ansicht des BGH[1] widerspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und bewegt sich am Rande eines Verstoßes gegen die Menschenwürde[2].

Eine zusätzliche Beschwer geht desgleichen aus der Nichtbeachtung des § 267 Abs. 5 hervor. Insofern gelten hier die gleichen Gründe, die oben[3] bei der Darstellung der Fürsorgepflichten angeführt sind.

Aber auch die Feststellung der Zurechnungsunfähigkeit nach erfolgter Tataufklärung (und Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit) enthält entgegen dem BGH[4] sehr wohl eine Beschwer[5]. Wenn der BGH[6] gegen eine Beschwer anführt, die Eintragung in das Bundeszentralregister diene auch dem Wohle des Freigesprochenen, so ist dieses Argument nicht überzeugend. Der Freigesprochene hat ein unvergleichlich höheres Interesse daran, wegen erwiesener Unschuld oder Nichterweislichkeit der Tat freigesprochen zu werden, so daß es gar nicht erst zu dem Eintrag kommt. Die möglicherweise zu Unrecht erfolgte Eintragung bleibt immer als "aktueller Tatvorwurf"[7] erhalten und muß somit

---

1) BGH 16, 374
2) Weitergehend i.S.e. Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG Schwenk NJW 64, 1455 (1456); Nipperdey S. 31
3) S. 104f.
4) BGH 16, 374
5) Vgl. besonders OLG Stuttgart NJW 59, 1840
6) BGH 16, 374 (381)
7) OLG Schleswig NJW 57, 1487; Henrichs MDR 56, 196 (199)

überprüfbar sein. Der weitere Hinweis des BGH[1], daß die Eintragung ja zunächst nicht bekannt würde, ändert nichts an der objektiven Beschwer und ist rechtsstaatlich sehr bedenklich[2]. Soweit der BGH[3] bezweifelt, ob dem wegen § 51 Abs. 1 StGB Freigesprochenen ein selbständiger Rechtsbehelf gegen den Eintrag in das Bundeszentralregister zusteht, gibt er doch im Grunde genommen eine Beschwer durch den Eintrag zu[4].

Die vom BGH[5] vertretene Meinung ist auch deswegen nicht einzusehen, als dieser an anderer Stelle[6] bei Freisprüchen auf dem Gebiete des Beleidigungsrechts eine in den Gründen liegende Beschwer angenommen und somit die Anfechtung des Urteils zugelassen hat - jedenfalls für den Verletzten. Dies muß, was der BGH[7] offengelassen hat, aber auch für den Freigesprochenen gelten[8]. Das hier vom BGH bejahte Rehabilitierungsbedürfnis ist doch aber dem des aus § 51 Abs. 1 StGB Freigesprochenen mindestens gleichwertig, womöglich jedoch höher zu veranschlagen[9]. Daneben steht die Haltung des BGH[10] im Widerspruch zu den von ihm entschiedenen Amnestiefällen, bei denen der BGH[11] eine Beschwer anerkannt hat[12]. Auch hier ist das Rehabilitierungsinteresse in ausreichender Weise gewürdigt worden.

---

1) BGH 16, 374 (382)
2) Vgl. Schwenk NJW 64, 1455 (1456)
3) S. 381
4) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) Vor § 296 Anm. 21
5) BGH 16, 374
6) BGH 11, 273 (278)
7) BGH a.a.O.
8) S.o. S. 157f.
9) Vgl. KG HESt 1, 240 (242); Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. 11 B.4 (S. 152)
10) BGH 16, 364
11) BGH 20, 333 (335); 13, 268 (272)
12) Insoweit kann auf die Ausführungen S. 105 verwiesen werden

Aus den dargelegten Gründen kann der Auffassung des BGH, es liege bei einem Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit keine Beschwer vor, nicht gefolgt werden. Dem aus § 51 Abs. 1 StGB Freigesprochenen muß vielmehr unter Anerkennung der Beschwer der Rechtsmittelweg eröffnet werden, damit die Fürsorgepflicht, vor der Feststellung der Zurechnungsunfähigkeit die Tatbegehung aufzuklären, durchgesetzt werden kann. Darüber hinaus muß es dem so Freigesprochenen, auch wenn der Tatrichter diese Fürsorgepflicht erfüllt hat, ermöglicht werden, das Urteil im Hinblick auf eine zutreffende Würdigung aller Gründe überprüfen zu lassen.

IX. Nichtbeachtung des Beschleunigungsgrundsatzes

Wie oben bei der Darstellung der Fürsorgepflichten festgestellt wurde, geht der Beschleunigungsgrundsatz nicht aus der StPO hervor, so daß aus deren vereinzelten Vorschriften keine Rechtsfolgen abgeleitet werden können. Selbst wenn man aber der StPO ein Beschleunigungsprinzip entnehmen würde, wären die Rechtsfolgen - worauf F.C. Schroeder[1] zutreffend hinweist - so unterschiedlich und beschränkten sich zudem weitgehend auf die Präklusion der übrigen Verfahrensbeteiligten außer dem Gericht, daß für die Entstehung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes hinsichtlich der Rechtsfolge kein Raum ist.

Die Rechtsgrundlage der Beschleunigungsmaxime, Art. 6 MRK, schreibt selbst ebenfalls, im Gegensatz zu Art. 5 MRK, keinerlei Rechtsfolgen vor, so daß man auch auf diesem Wege die Beschleunigung nicht durchsetzen kann. Gegen Terminverzögerungen kann man daher praktisch nur mit der Dienstaufsichtsbeschwerde oder ggf. mit einer Amtshaftungsklage vorgehen.

---

1) F.C. Schroeder S. 8

Eine Beschleunigung noch während des Verfahrens und nicht lediglich eine Milderung der Verzögerungsfolgen ist dabei allein durch die Dienstaufsichtsbeschwerde erreichbar. Aufgrund dieser Beschwerde kann (neben der Polizei und der Staatsanwaltschaft) auch der Richter gem. § 26 Abs. 2 DRiG zu einer unverzögerten Erledigung der Amtsgeschäfte ermahnt werden. Durch eine Amtshaftungsklage gem. Art. 34 GG, 839 BGB kann der Beschuldigte darüber hinaus Ersatz eines durch die Verzögerung entstandenen Schadens erlangen. Dies gilt auch für pflichtwidrige Verzögerungen richterlicher Amtsausübung, da das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB insoweit nicht gilt (Abs. 2 Satz 2).

Daneben kann der Beschuldigte für eine zu lange Haftdauer Schadenersatz auch aus Art. 5 Abs. 5 MRK beanspruchen[1]. Dieser Anspruch besteht unabhängig von der Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft[2]. Desgleichen kommt für den Beschuldigten für eine zu lange Haftdauer, gemessen an der Schwere der Tat und der Dauer der Aufklärung bzw. der zu erwartenden Strafe, auch eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 2 Abs. 2 GG in Betracht[3]. Beide Möglichkeiten gelten jedoch ausschließlich für die Untersuchungshaft und können nicht auf alle Fälle verzögerter Amtsausübung ausgedehnt werden[4].

Ein Rechtsmittel wegen Nichtbeachtung des Beschleunigungsgrundsatzes mit dem Ziel der Urteilsaufhebung ist jedenfalls nicht möglich. Es hätte auch wenig Sinn, da der Verstoß nicht wiedergutzumachen ist[5] und eine erneute Verhandlung dem Beschleunigungsgebot erst recht widersprechen würde.

---

1) Vgl. BGHZ 45, 30 (46, 58)
2) Vgl. Kleinknecht Anm. 1 vor § 1 StrEG
3) Vgl. BVerfGE 20, 45
4) Eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 20 GG oder der Normen der MRK, um allgemein gegen Terminverzögerungen vorzugehen, ist nicht möglich
5) Vgl. BGH 21, 81 (83)

Um das Recht des Beschuldigten auf alsbaldige Verhandlung dennoch durchsetzen zu können, haben zwei Landgerichte[1] neuerdings die Meinung vertreten, aus der Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes gehe ein "Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens" hervor. Die beiden Landgerichte stimmen darin überein, daß die Verletzung des Anspruches des Beschuldigten auf Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist gem. Art. 6 MRK die Konsequenz eines Verfahrenshindernisses i.S.d. § 206 a haben und zur Einstellung des Verfahrens führen soll[2].

Dieser Ansicht der beiden Gerichte steht schon entgegen, daß Art. 6 MRK im Gegensatz zu Art. 5 MRK, der wenigstens Schadensersatz gewährt, k e i n e r l e i Rechtsfolgen vorsieht[3]. Aus dem Schweigen der MRK in Art. 6 ist nicht zu schließen, daß diese Norm als Sanktion etwa ein Verfahrenshindernis beinhaltet[4]. Dies gilt umso mehr, als gerade diese Sanktion die schwerste ihrer Art ist und die bloße Rechtsfolge "Schadenersatz" bei weitem übertrifft[5].

Diese Auslegung wird durch Art. 13 MRK (Beschwerde bei einer nationalen Instanz wegen Konventionsverletzungen) nicht widerlegt[6]. Abgesehen davon, daß es umstritten ist, ob die nationale Instanz überhaupt ein Gericht sein muß[7], ist es fraglich, ob die gegen die Konvention verstoßende gerichtliche Maßnahme aufzuheben ist oder etwa nur einen Schadenersatzanspruch gewährt[8]. Neue Rechtsschutzmöglichkeiten werden dadurch jedenfalls nicht geschaffen[9], so daß

---

1) LG Frankfurt JZ 71, 234; LG Krefeld JZ 71, 733
2) So auch einige Äußerungen in der Literatur: Schwenk ZStrW 79 (1967), 721 (736); Baumann Festschrift S. 541f.; beide aber i.V. m. Art. 2 Abs. 2 GG. Diese Vorschrift ist jedoch nicht die Grundlage des allg. Beschleunigungsgebotes und gilt nur bei Untersuchungshaftverzögerungen.
3) Vgl. BGH JZ 72, 59
4) Vgl. BGH 21, 81 (83)
5) Vgl. Hanack JZ 71, 705 (708)
6) Entgegen dem LG Frankfurt JZ 71, 234
7) Vgl. Guradze Art. 13 Anm. 4
8) So Partsch S. 276
9) Kleinknecht § 13 MRK Anm. 1; BGH 20, 68; Partsch S. 275

ein Verfahrenshindernis daraus nicht abzuleiten ist.

Ein weiteres Argument des LG Frankfurt[1] geht dahin, daß das Gericht dem Zwang ausgesetzt wäre, mit jeder weiteren Prozeßhandlung rechtswidrig zu handeln, wenn der Verstoß gegen Art. 6 MRK n i c h t mit der Verfahrenseinstellung geahndet würde. Da Art. 6 MRK zu den wesentlichsten Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens gehöre[2], verstoße die Verfahrensfortführung gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Dieser Gesichtspunkt kann jedoch nicht als Begründung für ein Verfahrenshindernis dienen, da er einen Zirkelschluß enthält. Er setzt voraus, was er beweisen soll, nämlich die Unzulässigkeit der Fortsetzung eines verzögerten Verfahrens. Da dies gerade nicht feststeht, sondern möglicherweise nur Schadensersatzansprüche ausgelöst werden, ist die Rechtswidrigkeit der Fortsetzung des Verfahrens dadurch keineswegs nachgewiesen.[3]

Auch aus einem dritten Grunde kann der Annahme eines Verfahrenshindernisses nicht beigetreten werden. Ein zur Freistellung des Beschuldigten von der Strafverfolgung führendes Verfahrenshindernis kann nicht ohne Unterschied bei jedem kleinen, belanglosen oder schuldlosen Verstoß gegen den Beschleunigungsgrundsatz angenommen werden. Es muß schon ein rechtserheblicher und klar zu bestimmender Verstoß vorliegen[4], um für ein Verfahrenshindernis in Betracht zu kommen. Das Gebot der Aburteilung innerhalb "angemessener Frist" (Art. 6 MRK) ist aber zu wenig fest umrissen, um feststellen zu lassen, ob eine rechtserhebliche Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes zu bejahen ist oder nicht.

Dies haben auch die beiden Landgerichte[5] erkannt. Zur näheren Beantwortung der Frage, ob das Verfahren bereits

---

1) JZ 71, 234 (235)
2) Unter Berufung auf BVerfG NJW 69, 1424
3) Vgl. Hanack JZ 71, 705 (709)
4) Vgl. BGH JZ 72, 59; Hanack a.a.O. S. 711
5) LG Frankfurt JZ 71, 234; Krefeld JZ 71, 734

unangemessen lange gedauert hat und soweit als rechtserheblicher Verstoß gegen die Beschleunigungsmaxime anzusehen ist, hat das LG Frankfurt[1] daher personen- und sachgebundene Kriterien herangezogen, das LG Krefeld[2] nur sachgebundene, um den Begriff "angemessene Frist" festzulegen. Die personenbezogenen Kriterien beziehen sich auf die gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen bei dem Beschuldigten, auf das Maß der seelischen Bedrückung sowie die Angst und Unruhe. Diese Faktoren sind aber zu individuell und lassen sich objektiv kaum messen. Vor allem ergeben sie jedoch im Einzelfall ungerechte Kriterien. Während bei einem ängstlichen Beschuldigten das Verfahren längst einzustellen wäre, könnte gegen einen anderen, der das gleiche Delikt unter den gleichen Bedingungen begangen hat, noch nach langer Zeit verhandelt werden. Bei einem sehr empfindlichen Täter müßte das Verfahren bereits bei einer geringfügigen Überschreitung der "normalen" Länge eingestellt werden. Dies wäre ein untragbares Ergebnis. Es würde der Wertung des Gesetzes, wonach die Belastung durch das Strafverfahren jedem Beschuldigten zuzumuten ist, soweit nicht das Opportunitätsprinzip (§ 153) eine Ausnahme zuläßt, nicht entsprechen. Die personenbezogenen Kriterien können daher nicht relevant sein[3].

Bei den sachbezogenen Kriterien geht das LG Krefeld lediglich von dem Verhältnis der tatsächlichen zu der sachlich notwendigen Dauer aus, während das LG Frankfurt darauf abstellt, ob die Verfahrensdauer noch im angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Tat und zu dem Maß der Schuld steht, ob eine zuverlässige Wahrheitsfindung noch möglich ist und ob der Umfang der Sache oder die Schwierigkeiten der Ermittlungen eine längere Zeit beanspruchen. Die Gesichtspunkte des LG Frankfurt[4] entsprechen denen des Rechtsinstituts

---

1) JZ 71, 234 (236)
2) JZ 71, 734 (735)
3) I.d.S. BGH JZ 72, 59 (60); LG Krefeld a.a.O.
4) LG Frankfurt a.a.O.

der Verjährung[1], welches mit dem Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens vergleichbar ist und die zu beachtende gesetzliche Wertung aufzeigt[2].

Die Abgrenzung des LG Krefeld[3] ist beinahe genauso wenig faßbar wie die der zu eliminierenden "angemessenen Frist"; daneben läßt sie die gesetzliche Wertung, wie sie in der Verjährung berücksichtigt ist, unbeachtet. Die allgemeine Abwägungsklausel des LG Krefeld kann daher nicht als aufklärendes Merkmal angesehen werden.

Die sachbezogenen Merkmale des LG Frankfurt werden dagegen zwar der zu beachtenden gesetzlichen Wertung gerecht. Diese Gesichtspunkte sind aber sehr zahlreich und letztlich genauso wenig greifbar und abgrenzbar wie die personengebundenen Faktoren. Da es sich bei ihnen ebenfalls um Werturteile handelt, werden sie von jedem Richter anders ausgelegt, denn sie sind einzeln und in ihrem Verhältnis zueinander so unklar, daß ihre Anwendung i.d.R. zur Willkür und damit zur Rechtswidrigkeit führt[4]. Deswegen können auch die sachbezogenen Merkmale weder für das erstinstanzliche noch für das Rechtsmittelverfahren dazu herangezogen werden, den unbestimmten Begriff "angemessene Frist" genügend klar und eindeutig zu erhellen.

---

1) Vgl. Hanack JZ 71, 705 (712); Protokolle des Sonderausschusses des BT für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, 106. Sitzung (S. 2069ff.); 108. Sitzung (S. 2125ff.); 144. Sitzung (S. 3189ff.)

2) Differenzierung nach der Schwere der Tat, Bemessung dieser Schwere an der jeweiligen Strafdrohung, aber Nichtbeachtung des individuellen Schuldmaßes, welches sich schließlich erst bei rechtskräft. Verurteilung zeigt

3) JZ 71, 734 (735)

4) Im Gegensatz zu der Verjährung. Hier liegen ebenfalls die genannten Gesichtspunkte zugrunde. Sie haben ihren Ausdruck jedoch in einer abstrahierenden und eindeutig bestimmten Regelung gefunden, die ohne Willkür gehandhabt werden kann

Für das ab 1. 1. 1975 geltende Recht ist allerdings ein Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens in § 78 c Abs. 3 Satz 2 StGB[1] vorgesehen. Beide Landgerichte gehen von dieser Neuregelung auch schon aus[2]. Ihr liegen die vom LG Frankfurt[3] genannten Voraussetzungen zugrunde, sind aber im Gegensatz zu diesen Voraussetzungen als gesetzliche Regelung genügend bestimmt und ohne Willkür anzuwenden.

Die Neuregelung gilt jedoch nur für die erste Instanz, wie aus §§ 78 c Abs. 2 Satz 3 i.V.m. 78 b StGB hervorgeht[4]. Ferner bezeichnet § 78 c Abs. 2 Satz 2 StGB nur die H ö c h s t g r e n z e einer Verzögerung, wobei zweifellos vorausgesetzt wird, daß diese Grenze selten erreicht wird. Die neue Vorschrift bezieht sich folglich nur auf einen Ausnahmefall und bewirkt demgemäß keine Beschleunigung unterhalb dieses Höchstmaßes. Schließlich hat die neue Regelung den Konflikt zwischen dem Beschleunigungsinteresse und der Durchsetzung des Strafanspruchs a b s c h l i e ß e n d geregelt. Diese gesetzliche Regelung kann daher nicht von den Gerichten durch eine Verallgemeinerung auf jeden Verstoß gegen den Beschleunigungsgrundsatz ausgedehnt werden[5]. Dies gilt umso mehr, als die Verzögerung sehr unterschiedliche Gründe haben kann und häufig nicht von den Justizorganen verschuldet ist. Eine zeitliche Begrenzung der "angemessenen Frist" des Art. 6 MRK läßt sich, abgesehen von einer Höchstgrenze, überhaupt nicht festlegen.

---

1) § 78 c Abs. 2 StGB (2. Strafrechtsreformgesetz v. 4. 7. 69): "Die Verfolgung ist jedoch spätestens verjährt, wenn seit dem in § 78 a bezeichneten Zeitpunkt das Doppelte der gesetzlichen Verjahrungsfrist und, wenn die Verjährungsfrist nach besonderen Gesetzen kürzer ist als drei Jahre, mindestens drei Jahre verstrichen sind."

2) Dies muß grds. zulässig sein, da das Gesetz bereits verabschiedet und eine Gesetzeslücke auszufüllen ist. Für das OWiG ist die gleiche Regelung außerdem bereits in Kraft (§ 29 Abs. 2 Satz 2).

3) JZ 71, 234 (236)

4) Dies hat LG Krefeld JZ 71, 734 (735) erkannt

5) Vgl. Hanack JZ 71, 705 (714)

Aus diesen Gründen ist für eine richterliche Rechtsfortbildung in bezug auf ein Verfahrenshindernis als Sanktion eines Beschleunigungsverstoßes kein Raum. Ein Verfahrenshindernis des überlangen Strafverfahrens ist daher abzulehnen, da es in unserem Rechtssystem nicht enthalten ist und sich nicht in die vielen widerstreitenden Interessen und gesetzlichen Abwägungen einflechten läßt, ohne willkürlich und somit verfassungswidrig gehandhabt zu werden[1]. In diesem Spannungsfeld kann nur der Gesetzgeber durch Bestimmungen zur Beschleunigung des Verfahrens im einzelnen verbindliche Entscheidungen treffen.

Dieses Ergebnis ist im Einzelfall häufig unbefriedigend. Andererseits darf aber nicht vergessen werden, daß die Verzögerung oftmals gerade den Interessen des Beschuldigten dient, soweit sie durch eine besonders sorgfältige Sachverhaltsprüfung und die Ausnutzung aller Rechtsbehelfe hervorgerufen wird[2]. Für den unschuldigen Angeklagten kommt hinzu, daß dieser an einem Freispruch nach längerer Zeit mehr interessiert sein dürfte als an einer Verfahrenseinstellung.

Dem Beschuldigten bleibt demgemäß nur die Möglichkeit, sich mit der Dienstaufsichtsbeschwerde und der Amtshaftungsklage gegen Terminverzögerung zur Wehr zu setzen.

Ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot wird vom BGH[3] darüber hinaus zwar in der Strafzumessung berücksichtigt, indem er ggf. auf die gesetzliche Mindeststrafe zurückgeht bzw. ganz von Strafe absieht. Auf diese Strafmaßreduzierung hat der Beschuldigte jedoch keinen Anspruch. Die von dem BGH vorgeschlagene Möglichkeit erscheint aber im Bereich unterhalb der Höchstgrenze des § 78 c Abs. 2 Satz 2 StGB als gerechter Ausgleich. Die Berücksichtigung im Strafmaß sollte auch nach dem 1. 1. 75 beibehalten und vom Gesetzgeber neben der Schaffung einer Beschwerdemöglichkeit zu einem gesetzlichen Anspruch ausgebaut werden.

1) I.d.S. BGH JZ 72, 59 (60); Hanack JZ 71, 705 (715); Kern-Roxin S. 72f.
2) Vgl. Kern-Roxin S. 73
3) BGH JZ 72, 59 (60)

8. Kapitel Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Frage- sowie Hinweis- und Belehrungspflichten

I. Verletzung der Fragepflichten

1.) Bezüglich von Beweismitteln

a) Nichtbefragung nach weiteren Beweismitteln und einer Konkretisierung gestellter Beweisanträge

Bei einer Verletzung der Fürsorgepflicht[1], den Angeklagten nach weiteren Beweismitteln zu befragen, wenn sich die Unzulänglichkeit der bisherigen Beweisaufnahme ergibt oder der Angeklagte Schutzbehauptungen geltend macht, von deren Richtigkeit das Gericht nicht überzeugt ist, liegt ein Verstoß gegen die Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 vor[2]. Das gleiche gilt, wenn der Vorsitzende es unterläßt, durch Fragen auf eine Konkretisierung eines Beweisantrages hinzuwirken[3]. Dieser Verstoß gegen die fürsorgliche Aufklärungspflicht kann die Revision nach § 337 begründen, sofern nicht auszuschließen ist, daß das Urteil auf diesem Verfahrensverstoß beruht.

Allerdings muß für das Tatgericht die Unzulänglichkeit der Beweisaufnahme oder die Unvollständigkeit der Beweisanträge erkennbar gewesen sein, so daß sich dem Gericht die diesbezügliche Befragung aufdrängen mußte. Das Bestehenbleiben eines Zweifels als solchem und für sich allein nötigt jedenfalls nicht in jedem Fall zu weiteren Aufklärungsfragen,

---

1) S.o. S. 111

2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 244 Anm. III 2; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtr gsbd. 1) § 244 Rdn. 7

3) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 244 Anm. IV 6; Müller-Sax § 244 Anm. 3; Eb. Schmidt a.a.O. Rdn. 9; Alsberg-Nüse S. -O.; BGH VRS 7, 54; GA 1960, 315; NJW 51, 372; BayObLG 1949, 49 (56); OLG HESt 1,142; OGHSt 2, 352; OLG Celle GA 1,62, 216; RG 76, 364 (366)

sofern das Gericht nach dem Satz "in dubio pro reo" entscheidet[1].

Zur ordnungsgemäßen Erhebung der Aufklärungsrüge ist es erforderlich, daß der Angeklagte darlegt, welche bestimmten Beweismittel er hätte nennen können. Daneben muß er anführen, welche erheblichen Tatsachen dadurch bewiesen werden bzw. was die Zeugen bekunden sollten[2].

Das Revisionsgericht kann die Notwendigkeit weiterer Befragung unter diesen Voraussetzungen nachprüfen und dem Angeklagten somit zu entlastenden Beweisen verhelfen.

b) Nichtbefragung nach dem Einverständnis für das Absehen von Beweiserhebungen

Sofern das Gericht den Angeklagten nicht in der oben[3] dargelegten Weise nach seinem Einverständnis für die Nichterhebung präsenter Beweismittel befragt und diese nicht verwendet, kann der Angeklagte mit der Revision die Verletzung des § 245 rügen[4]. Voraussetzung dafür ist die Darlegung der Tatsachen, aus denen sich die Präsenz der Beweismittel ergibt, und die Tatsache der Nichtbefragung. Nicht erforderlich ist es jedoch, im einzelnen anzugeben, was mit den präsenten Beweismitteln bewiesen werden sollte[5].

Nach § 337 muß das Urteil auf dem Verstoß gegen § 245 beruhen. Da durch § 245 dem Gericht auch unerwartete

---

1) Vgl. Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 244 Rdn. 7; BGH 3, 169 (175); 1, 94
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 244 Anm. VIII 1; Müller-Sax § 244 Anm. 22 a und die Rspr. in Fußn. 3 S. 168
3) S. [illegible]
4) Vgl. Müller-Sax § 245 Anm. 7; Eb. Schmidt Lehrk. II § 245 Rdn. 17
5) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 245 Anm. 8; Kleinknecht § 245 Anm. 6; Sarstedt S. 157; BGH GA 1966, 213; RG 65, 304 (307); OLG Hamburg NJW 65, 1238 (1239); Celle NJW 62, 2315; Hamm VRS 11, 59 (60)

Beweisergebnisse zugänglich gemacht werden sollen[1], kann das Beruhen der Entscheidung auf dem Verstoß nur dann verneint werden, wenn mit Sicherheit auszuschließen ist, daß die Verwendung des Beweismittels Einfluß auf das Urteil gehabt hätte[2].

2.) Bezüglich einer Nachtragsanklage

Die Fürsorgepflicht, den Angeklagten nach seiner Zustimmung zu einer Nachtragsanklage zu fragen, ergibt sich im wesentlichen aus § 266 Abs. 1[3]. Die Verletzung dieser Norm und damit der Fragepflicht kann die Revision begründen[4]. Wenn das Gericht die Nachtragsanklage gem. § 266 Abs. 1 durch Beschluß in das Verfahren einbezieht, o h n e den Angeklagten jedoch nach seiner Zustimmung zu b e f r a g e n, liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 vor, sofern der Angeklagte keine Gelegenheit hatte, sich i.S.d. § 265 Abs. 2 oder 3 genügend zu verteidigen und sich darauf vorzubereiten. In diesem Fall ist der Angeklagte durch einen Gerichtsbeschluß in unzulässiger Weise in seiner Verteidigung beschränkt worden.

Da gem. § 338 Nr. 8 die Verteidigung aber in einem "wesentlichen Punkt" beschränkt sein muß, kann die Verfahrensrüge nur Erfolg haben, wenn nicht auszuschließen ist, daß das Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht[5]. Der Angeklagte muß also vortragen, was er ohne die Verletzung dieser fürsorglichen Fragepflicht noch zusätzlich zu seiner Verteidigung hätte vorbringen können[6].

---

1) Vgl. OLG Celle NJW 62, 2315; RG 65, 304 (305); 45, 135 (139)
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 245 Anm. 5; OLG Hamburg DAR 1956, 226 (227); vgl. auch Kleinknecht § 245 Anm. 6
3) S.o. S. 115
4) Vgl. Müller-Sax § 266 Anm. 11; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 266 Anm. 3 c + 7
5) Müller-Sax § 338 Anm. 9 b; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer (21. Aufl.) § 338 Anm. 18; Eb. Schmidt Lehrk. II § 338 Rdn. 38
6) Vgl. BGH NJW 65, 904 (905)

Wird dagegen der Angeklagte nicht befragt und fehlt es entgegen § 266 Abs. 1 auch an einem Einbeziehungsbeschluß, obgleich das Gericht die Nachtragsanklage tatsächlich mit in das Verfahren einbezogen hat, fehlt es an einer unentbehrlichen Verfahrensvoraussetzung. Dieser Mangel ist in jeder Lage des Verfahrens schon von Amts wegen zu berücksichtigen[1]. Er muß insoweit zur Verfahrenseinstellung führen, ohne daß es einer ausdrücklichen Rüge des Angeklagten bedarf[2], kann aber auch in der Art Berücksichtigung finden, daß das Revisionsgericht die Sache unter Aufhebung des Urteils an die Vorinstanz zurückverweist[3].

3.) Keine Aufklärungsfragen bei irrtümlicher Rechtsmittelbezeichnung

Legt der Angeklagte ein Rechtsmittel ein, bezeichnet er dieses aber irrtümlich oder mehrdeutig, so ist er in den oben[4] genannten Fällen von dem Gericht des ersten Rechtszuges als zuständigem Gericht[5] nach einer Konkretisierung zu befragen. Ist sowohl eine Berufung als auch eine Revision zulässig, werden - wie bereits dargelegt[6] - die Interessen des Verurteilten, auch wenn er nicht befragt wird, ebenfalls dadurch gewahrt, daß die Anfechtung nach Ablauf der Rechtsmittelbegründungsfrist als Berufung behandelt wird.

Sofern das Tatgericht jedoch ohne Befragung des Angeklagten und damit entgegen § 300 die Berufung bzw. Revision nur wegen unklarer Bezeichnung als unzulässig verwirft[7], kann

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 266 Anm. 7; Müller-Sax § 266 Anm. 11; BGH NJW 65, 904 (905); BayObLG 1953, 1
2) Vgl. Fußn. 1); ferner Eb. Schmidt Lehrk. II § 266 Rdn. 13; Kleinknecht § 266 Anm. 3; Koeniger S. 400
3) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; BGH a.a.O.
4) S. 116 ff.
5) Vgl. §§ 314, 317; 341, 345 Abs. 1
6) S. 117f.
7) Entgegen der Zuständigkeit des Tatgerichts, die sich ausschl. auf die Frist (§ 319 Abs.1) bzw. die Frist und die Form des § 345 Abs. 2 (§ 346 Abs. 1) erstreckt (vgl. Löwe-Rosenberg-Jagusch (21.Aufl.) § 346 Anm. 1 b-d; Müller-Sax § 346 Anm. 1c; Eb.Schmidt Lehrk.II (Nachtragsbd.1) § 346 Rdn. 1; BGH MDR 59, 507; BayObLG 1951, 337), die Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig in allen anderen Fällen aber nicht umfaßt. Im übrigen ist das eingelegte Rechtsmittel zulässig, nur eben unklar bezeichnet.

der Angeklagte binnen einer Woche nach Zustellung des Beschlusses auf eine Entscheidung des Berufungs- oder Revisionsgerichts antragen (vgl. §§ 319 Abs. 2, 346 Abs. 2)[1]. Dieses hebt den Beschluß des Vorderrichters auf und befindet gem. §§ 322 Abs. 1, 349 Abs. 1 selbst, ob das Rechtsmittel zulässig ist[2]. Falls das Tatgericht seiner Fürsorgepflicht, den wirklichen Willen des Rechtsmittelführers durch Fragen zu ermitteln, also nicht nachkommt, kann der Angeklagte sein zulässiges, anfangs jedoch unklar bezeichnetes Rechtsmittel mit Hilfe des Rechtsmittelgerichts durchsetzen.

II. Verletzung der Hinweis- und Belehrungspflichten

1.) Übergehen vor der Hauptverhandlung zugesagter Beweiserhebungen

Macht sich das Gericht die Ansicht des Vorsitzenden über die vor der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge (vgl. § 219) nicht zu eigen, so trifft den Vorsitzenden die Fürsorgepflicht, den Angeklagten davon zu unterrichten und ihn ggf. auf die Notwendigkeit erneuter Antragsstellung hinzuweisen[3]. Diese Hinweispflicht findet ihre Grundlage in § 244 Abs. 2 sowie §§ 136 Abs. 2, 243 Abs. 4, jeweils i.V.m. § 219[3]. Übergeht der Vorsitzende den gestellten Antrag völlig oder hält er seine Zusagen für bestimmte Beweiserhebungen nicht ein, so liegt

---

1) Vgl. BayObLG 1951, 337 (338); BGH 16, 115 (118); Löwe-Rosenberg-Jagusch (21. Aufl.) § 346 Anm. 1 e; Kleinknecht § 346 Anm. 4
2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Jagusch a.a.O. Anm. 2 a; BayObLG a.a.O.
3) S.o. S. 119ff.

darin ein Verstoß gegen die Aufklärungspflicht des Gerichts[1], da eine möglicherweise wichtige Erkenntnisquelle ungenutzt geblieben ist.

Gleichzeitig ist in der Unterlassung des Vorsitzenden eine Beschränkung der Verteidigung zu sehen[2]. Der Angeklagte ist durch den Vorsitzenden in den Irrtum versetzt worden, er brauche seinen Antrag in der Hauptverhandlung nicht zu wiederholen und das Gericht werde keinesfalls eine ungünstige Entscheidung treffen, ohne den Antrag zu berücksichtigen. Soweit der Gerichtsvorsitzende diese irrige Vorstellung nicht beseitigt, kann sich der Angeklagte nicht auf die veränderte Sachlage einstellen und ist nicht in der Lage, die Verteidigungsmöglichkeiten auszuschöpfen.

Daß das Urteil auf der Pflichtverletzung des Vorsitzenden beruhen kann, ist i.d.R. nicht auszuschließen, da das neue Verteidigungsvorbringen oder die erneut beantragte Beweiserhebung die Überzeugung des Gerichts hätte ändern können. Die Verletzung dieser fürsorglichen Fragepflicht begründet daher nach einhelliger Ansicht[3] die Revision.

c.) Nichtbelehrung bezüglich der Aussetzungsbefugnis nach § 265 Abs. 3, 246 Abs. 2

a.) Nichtbelehrung über die Aussetzungsbefugnis nach § 265 Abs. 3

Die Fürsorgepflicht, den Angeklagten bei einer Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes der Tat über seine Aussetzungsbefugnis (§ 265 Abs. 3) zu belehren, hat ihre wesentliche

---

1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 219 Anm. 5 a; Müller-Sax § 219 Anm. 4 a + 6 d; Peters S. 478; Alsberg-Nüse S. 185; BGH 1, 51; 21, 3[illegible]

2) Vgl. BGH 21, 38 (39). Darauf stellte besonders das Reichsgericht ab, vgl. RG 75, 165 (166f.); 61, 376 (377)

3) Vgl. neben Fußn. 1) + 2) Eb. Schmidt § 219 Rdn. 11; Kleinknecht § 219 Anm. 2 a; Traub NJW 57, 1095; Koeniger S. 181; OLG Hamburg NJW 55, 1938; Köln NJW 54, 46 (47); KG JR 50, 567 (568)

Rechtsgrundlage in § 265 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4[1]. Die Verwirklichung der Vorschrift des § 265 Abs. 4 steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Die Frage, ob die Belehrung über die Aussetzung erforderlich ist, unterliegt aber der Nachprüfung des Revisionsgerichts, da ihre Beantwortung auch durch rechtliche Erwägungen bedingt und das Ermessen rechtlich gebunden ist[2].

Falls das Gericht die Verhandlung nicht aussetzt und auch den Angeklagten nicht über seine Aussetzungsbefugnis belehrt, liegt darin eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung. Ein Urteil, welches unter Verstoß gegen diese Fürsorgepflicht zustande gekommen ist, muß gem. § 337 aufgehoben werden, da nicht auszuschließen ist, daß die Entscheidung auf der Gesetzesverletzung beruht.

b) Nichtbelehrung über die Aussetzungsbefugnis nach § 246 Abs. 2

Eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung muß ebenfalls dann angenommen werden, wenn das Gericht den rechtsunkundigen Angeklagten nicht über seine Aussetzungsbefugnis gem. § 246 Abs. 2 belehrt, falls der Angeklagte von neuen Beweismitteln überrascht wird. Soweit es sich dabei um neu benannte Zeugen oder Sachverständige handelt, geht diese Fürsorgepflicht aus § 246 Abs. 2 i.V.m. § 222 hervor, für die übrigen Beweismittel aus § 246 Abs. 2 i.V.m. § 265 Abs. 4[3].

Rügt der Angeklagte die Nichtbeachtung der fürsorglichen Belehrungspflicht, begründet dieser Verstoß als Verletzung der genannten Vorschriften die Revision nach § 337[4]. Daß das Urteil auf der Gesetzesverletzung beruht, wird sich i.d.R. nicht ausschließen lassen, da sich der Angeklagte bei genügender Erkundigungszeit entsprechend § 246 Abs. 2 wirkungsvoller hätte verteidigen können.

---

1) S.o. S. 123ff.
2) Vgl. BGH 8, 96; RG 57, 147 (148); 65, 246 (247); OLG Hamm NJW 69, 943 (944); Celle NJW 65, 2264; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 265 Anm. 9 d; Eb. Schmidt Lehrk. II § 265 Rdn. 22; Müller-Sax § 265 Anm. 13 c; Kleinknecht § 265 Anm. 11; Koeniger S.412
3) S.o. S. 125ff.
4) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 246 Anm. 5; OLG Dresden HRR 1939, Nr. 935

3.) Rechtsfolge bei der Frage nach einem sofortigen Rechtsmittelverzicht

Sofern der Vorsitzende unter Verstoß gegen seine Fürsorgepflicht, den Angeklagten gerade n i c h t nach einem sofortigen Rechtsmittelverzicht zu fragen, gleichwohl einen solchen Verzicht bewirkt, ist dieser als nicht wirksam anzusehen[1]. Diese Rechtsfolge gilt trotz der zulässigen Beurkundung des Verzichts im Protokoll. Es ist allgemein anerkannt[2], daß sich die Beweiskraft des Protokolls gem. § 274 nicht auf Rechtsmittelerklärungen bezieht, die der Angeklagte im Anschluß an die Urteilsverkündung abgibt[3]. Das Rechtsmittelgericht kann also im Wege des Freibeweises feststellen, ob die Bewirkung des Verzichts zulässig war und dem wahren Willen des Erklärenden entspricht.

Die Unwirksamkeit der Verzichtserklärung ergibt sich, da der Verzicht das Ergebnis einer unzulässigen Einwirkung darstellt, aus dem Grundgedanken des § 136 a, auch wenn keines der dort genannten Beeinflussungsmittel angewendet worden ist[4] [5].

Daneben ist darauf abzustellen, daß eine prozessuale Willenserklärung nur wirksam ist, wenn sie klar und unmißverständlich den Willen des Erklärenden zum Ausdruck bringt[6]. Der Vorsitzende darf daher die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts nur als "bewirkt" ansehen, soweit es davon ausgehen kann, daß der geäußerte mit dem inneren Willen übereinstimmt. Dies ist unstreitig

1) Vgl. BGH 19, 101 (104); 18, 257 sowie die Literatur auf S. 127 Fußn. 3; R. Schmidt JuS 67, 158 (162)
2) Vgl. BGH a.a.O.; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 302 Rdn. 3 und § 274 Rdn. 9; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 302 Rdn. 3; Stratenwerth JZ 64, 264
3) Die Beweiskraft besteht entgegen BGH 18, 257 (258) auch nicht, wenn das Tatgericht den selten eingeschlagenen Weg des § 273 Abs. 3 beschreitet. Stratenwerth a.a.O. weist zutreffend darauf hin, daß die äußere Form des Protokolls (hier die Verlesung und Genehmigung) den Vorgang nicht zu einer wesentlichen Förmlichkeit der Hauptverhandlung machen kann.
4) Vgl. oben S. 129f.
5) Vgl. BGH 19, 101 (104); Koch JR 64, 255; H.W. Schmidt NJW 65, 1210 (1211); Müller-Sax § 136a Anm. 8 (S. 476)
6) Vgl. Eb. Schmidt a.a.O. § 302 Rdn. 3; Müller-Sax § 302 Anm. 3; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 302 Anm. 4 m.w.N. aus der Rspr.; Peters S. 231; R. Schmidt a.a.O.

nicht der Fall, wenn der Verurteilte als juristischer Laie[1] das Urteil "annimmt", ohne zu wissen, daß er damit auf Rechtsmittel verzichtet[2].

Auch wenn aber ausdrücklich nach einem Rechtsmittelverzicht gefragt wird, stimmt der geäußerte ebensowenig mit dem inneren Willen überein, sofern dem Angeklagten nach der starken seelischen Belastung einer längeren Verhandlung und der Urteilsverkündung sofort eine so weitreichende Erklärung abverlangt wird, ohne daß ihm Bedenkzeit belassen wird[3]. Die Übereinstimmung des Willens bei einem sofortigen Rechtsmittelverzicht ist lediglich dann anzunehmen, wenn der Verzicht den Interessen des Angeklagten entspricht. Nur bei dieser Sachlage kann man davon ausgehen, daß der Angeklagte seine Erklärung auch in Kenntnis der Tragweite des Verzichts abgegeben hätte.

Darüber hinaus ergibt sich die Unwirksamkeit des Verzichts aus dem Gesichtspunkt der Gesamterklärung[4]. Danach kann eine an sich unwiderrufliche Erklärung, die der juristisch ungeschulte Angeklagte übereilt und unüberlegt abgibt, durch eine anderslautende Erklärung richtiggestellt werden, falls die gedanklich Einheit noch gewahrt ist. Beide Äußerungen stellen eine Einheit dar. Aus dem Gesamtverhalten kann man dann schließen, daß das zunächst Erklärte noch nicht endgültig gewollt war und die erste Erklärung daher unwirksam ist[5].

Wird der Verurteilte, der nach der unzulässigen Frage des Vorsitzenden voreilig auf Rechtsmittel verzichtet hat, also schwankend oder widerruft er gar im Anschluß an seine Erklärung den Verzicht - etwa aufgrund der Intervention des Verteidigers[6] - ist die zunächst abgegebene Verzichtserklärung

---

1) Eine andere Beurteilung wäre bei Juristen am Platze; sie sind i.d.R. beim Wort zu nehmen
2) Vgl. die Zitate in Fußn. 6) S. 175
3) Vgl. BGH 19, 101 (103); 18, 257 (260f.); s.a.Fußn. 2)
4) Vgl. Peters S. 230f.; Eb. Schmidt Lehrk. II (Nachtragsbd. 1) § 302 Rdn. 3 m.w.N.; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer § 302 Anm. 4; Müller-Sax § 302 Anm. 3 a; Stratenwerth JZ 64, 264 (265); R. Schmidt JuS 67, 158 (161)
5) Peters a.a.O.
6) Das ist der Hauptanwendungsfall und liegt auch BGH 19, 101 und 18, 257 zugrunde

als unwirksam anzusehen[1].

In der Annahme der Unwirksamkeit sieht H. W. Schmidt[2] die Grenze zur Irrtumsanfechtung in unzulässiger Weise verschoben. Der Verurteilte macht sich jedoch in diesen Verzichtsfällen, in denen er durch die plötzliche Frage des Vorsitzenden überrascht wird, häufig überhaupt keine Vorstellung von der Tragweite seiner Erklärung. Er gibt sie aus reiner Gedankenlosigkeit ab oder resigniert lediglich, so daß eine Fehlvorstellung gar nicht gegeben ist.

Selbst wenn aber ein Irrtum vorliegt, kann der Verurteilte in den oben dargestellten Fällen nicht an seiner Verzichtserklärung festgehalten werden. Es ist H.W. Schmidt zuzugeben, daß Prozeßerklärungen grundsätzlich wirksam bleiben müssen. Hier ist aber zu berücksichtigen, daß es ohne die unzulässige Einwirkung des Vorsitzenden nicht zu dem Verzicht gekommen wäre. Außerdem gehört die Möglichkeit, Rechtsmittel einlegen zu können, mit zu den wichtigsten Rechten des Angeklagten im Strafverfahren; von ihr hängt oft das ganze weitere Schicksal des Verurteilten ab. Das Interesse an Rechtssicherheit und an einem geordneten Verfahren muß hinter dem höheren Interesse des Angeklagten an seiner Existenz, seiner Freiheit und seiner Ehre zurückstehen.

Soweit der durch die unzulässige Einwirkung des Vorsitzenden hervorgerufene übereilte Rechtsmittelverzicht als unwirksam anzusehen ist, ist eine Berufung oder Revision trotz der Verzichtserklärung zulässig.

---

1) Vgl. die Zitate auf S. 176 Fußn. 2. Der Gesichtspunkt der Gesamterklärung klingt auch bei BGH 18, 257 (261) an
2) NJW 65, 1210 (1211)

S C H L U S S B E T R A C H T U N G

Die gesetzlich geregelten Pflichten des Gerichts reichen nicht aus, um den Schutz des Angeklagten im Strafverfahren zu gewährleisten. Daher war es das Anliegen dieser Arbeit aufzuzeigen, daß ein umfassender Schutz des Angeklagten nur durch die Beachtung der nicht normierten Fürsorgepflichten gegeben sein kann. Zugleich sollte versucht werden, die nicht normierten Fürsorgepflichten zusammenfassend darzulegen.

Die hier angesprochenen Prozeßpflichten insbesondere des Strafgerichts stellen die wichtigsten gesetzlich nicht geregelten Fürsorgepflichten gegenüber dem Angeklagten dar. Diese Arbeit erhebt allerdings keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die vorliegende Untersuchung sollte jedoch einen Beitrag dazu leisten, die prozessuale Subjektstellung des Angeklagten vollständig zu verwirklichen und den Weg zu zeigen, auf dem die vielzitierte "Waffengleichheit" zwischen den Rechtspflegeorganen und dem mit eigenen Rechten und Pflichten versehenen Angeklagten herbeigeführt werden kann.

Aus diesem Grunde bleibt der Richter aufgerufen, über die ausdrückliche gesetzliche Regelung hinaus die hier aufgeführten nicht normierten Fürsorgepflichten zu beachten.

Damit wird keinesfalls eine wirksame Strafverfolgung in Frage gestellt, denn der Angeklagte wird bei einer Realisierung aller Fürsorgepflichten nur so behandelt, wie es ihm nach der verfassungskonformen Auslegung der StPO ohnehin zukommt.

De lege ferenda wird vorgeschlagen, die nicht normierten Fürsorgepflichten soweit wie möglich gesetzlich zu fixieren, um jeden möglichen Zweifel auszuschließen. Auf jeden

Fall sollte eine Norm ähnlich der des § 139 ZPO geschaffen werden, die den Richter verpflichtet, durch Fragen und Hinweise darauf hinzuwirken, daß der Angeklagte von den ihm zustehenden Rechten Kenntnis erlangt und von ihnen Gebrauch macht.

L e b e n s l a u f

Am 18. 11. 1943 wurde ich als Sohn des Kaufmannes Walter Kumlehn und seiner Ehefrau Hilda, geb. Schimpf, in Merseburg/Saale geboren. Ende 1947 verzogen wir nach Braunschweig.

Von 1950 an besuchte ich die Grundschule und wurde 1954 in die Hoffmann-von-Fallersleben-Schule, ein neusprachliches und mathematisch-naturwissenschaftliches Gymnasium, aufgenommen. An dieser Schule bestand ich 1963 das Abitur. Anschließend leistete ich zwei Jahre lang Militärdienst bei der Bundeswehr.

Mit dem Sommersemester 1965 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Georg-August-Universität in Göttingen. Am 19. 8. 1970 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle ab. Vom 1. 10. 1970 bis 30. 9. 1971 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft für Prof. Dr. Schüler-Springorum tätig.

Am 24. 12. 1971 heiratete ich die Realschullehrerin Almut, geb. Hille.

Von November 1973 bis Oktober 1975 erfolgte meine Referendarausbildung. Am 18. 3. 1976 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt bei dem Niedersächsichen Ministerium der Justiz.